rom. M.
385 m. 4

Drusibruk

~~Ob~~
~~Of~~

Meditationen
über
verschiedene
Rechtsmaterien
von
zweyen Rechtsgelehrten.

Vierter Band.

Neue Auflage.

Braunschweig,
im Verlage bey Carl August Schröder, 1792.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Verzeichniß

der Meditationen des vierten Bandes.

CLXXXVIII.

Die L. 41. C. de transact. findet nicht bey andern Kontracten statt. Seite 1

CLXXXIX.

Das parricidium wird in 20 Jahren verjährt 5

CXC.

Der in der L. 28. §. 10. ff. de poen. in Absicht des Raubes gemachte Unterschied, ist durch den 126 Art. der P. G. O. aufgehoben. 8.

CXCI.

Ein Advokat kann für seinen Klienten kein glaubwürdiges Zeugnis ablegen, wenn er gleich in der Sache, worin er zeugen soll, nicht mehr bedient ist. 10

CXCII.

Die actio suppletoria wird in 30 Jahren verjährt. 12

CXCIII.

Der Bruder des eingesetzten Erbens ist ein gültiger Testamentszeuge Seite 15

CXCIV.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ist ungültig, wenn das Jahr, Monat und Tag, wenn es gemacht worden, nicht ausgedrückt ist 18

CXCV.

Zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern werden gar keine Zeugen erfordert, wenn die Eltern solches eigenhändig geschrieben haben. 22

CXCVI.

Das Recht des Vaters unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen zu können, geht nicht auf natürliche Kinder. 26

CXCVII.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ist nicht gültig, wenn die darin vermachte Sache mit Ziefern ausgedrückt ist. 30

CXCVIII.

Wenn Eltern in einem Testament unter ihren Kindern einer fremden Person was vermachen, so muß solches vor fünf Zeugen geschehen. 33

CXCIX.

Das in einem Testament der Eltern unter ihren Kindern der Frauen ausgesezte Vermächtnis, ist nicht anders gültig, als wenn solches vor 5 Zeugen geschehen. Seite 37

CC.

Das den Eltern ertheilte Privilegium unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, steht den Kindern nicht zu. 40

CCI.

Die Veräuserung eines Brautschatz-Guts ist ungültig, wenn gleich die Frau nach zwey Jahren in den Verkauf sollte gewilliget haben. 43

CCII.

Die Verordnung der L. ult. ff. de rei vind. findet heut zu Tage noch statt. 49

CCIII.

Durch die Erbpacht erlangt man kein Eigenthum auf die in Erbpacht habende Sache. 52

CCIV.

Wegen einer begangnen Blutschande kann der Vasall seines Lehns nicht für verlustig erkannt werden. 59

CCV.

Die Eideszuschiebung findet auch bey Injurien statt, wo auf einen Widerruf geklagt wird. 63

CCVI.

Frauenspersonen können in einem Frey = Lehn (feudo franco) nicht succediren. Seite 65

CCVII.

Eine Hypothek, worin der Guthsherr auf eine gewisse Zeit gewilliget, erlöscht mit Ablauf der Zeit, wenn gleich die clausula cassatoria der Bestätigung derselben nicht beygefügt ist. 70

CCVIII.

Die Strafe des Stuprators kann nicht erhöhet werden, wenn die Geschwächte das Kind umgebracht hat. 74

CCIX.

Die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann wird dadurch gültig, wenn sie nach dessen Tode, die Verbindlichkeit daraus zu bezahlen, anerkannt hat. 76

CCX.

Eine Ehefrau hat kein Recht, sich dem Verkauf ihrer von ihrem Mann verhypothecirten Grundgüter zu widersetzen, wenn solches mit ihren Wissen geschehen, und der Gläubiger auch nicht anders gewußt hat, als das diese Güter den Mann eigenthümlich zustünden. 82

CCXI.

Niemand kann zum Nachtheil seiner Brüder Kinder seines Bruders Erbschaft ausschlagen. 87

CCXII.

Der Minderjährige muß die Verletzung beweisen, wenn er sich in vorigen Stand restituiren lassen will. Seite 92

CCXIII.

Nach geschlossenen Kauf, steht der Käufer auch vor der Uebergabe der Sache, allen Schaden, der an derselben auch ohne Verschulden des Verkäufers sich zugetragen, und ist schuldig, dem Verkäufer den Kaufschilling zu bezahlen. 96

CCXIV.

Wider ein ordentlich aufgenommenes Inventarium findet eine Eideszuschiebung nicht anders statt, als wenn gegründete Muthmassungen einer geschehenen Unterschlagung da sind. 106

CCXV.

Das von einem Mandatarius ausgeführte Geschäft ist gültig, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hat, dieser Widerruf aber erst dem Mandatarius nach geführten Geschäft bekannt geworden ist. 110

CCXVI.

Ein Cessionarius kann keine Zinsen von Zinsen fordern, 114

CCXVII.

Bey der emtio spei findet die L. 2. C. de resc. vend. nicht statt. 118

CCXVIII.

Die L. 2. C. de resc. vend. findet bey dem Verkauf beweglicher Sachen statt Seite 120

CCXIX.

Die querela inofficiosi testamenti findet bey dem Testament eines Bruders, worin eine ehrlose Person zu Erben eingesezt ist, nicht statt, wenn der Bruder selbst ehrlos ist. 123

CCXX.

Eine Lehns-Hypothek kann ohne neuen Lehnsherrlichen Konsens einem dritten abgetreten werden. 126

CCXXI.

Ob und in wie weit die dem Hauptschuldner zustehende Wiedereinsetzung in vorigen Stand dessen Bürgen zum Vortheil gereiche 131

CCXXII.

Ob der Bürge eines Minderjährigen, wenn er Erbe des leztern wird, sich der Wiedereinsetzung in vorigen Stand bedienen könne. 153

CCXXIII.

Ob und in wie weit kann sich der Bürge eines Minderjährigen für seine Person auf die Restitution berufen, ohne daß der Minderjährige seine Zuflucht dazu genommen hat. 161

CCXXIV.

Zinsen des Verzugs werden nicht bezahlt, wenn eine Fordrung mit Arrest belegt ist. 164

CCXXV.

CCXXV.

Einer kann sich um deswillen von Ablegung eines Zeugnisses nicht lossagen, wenn er gleich eidlich angelobt hat, kein Zeugniß in der Sache zu geben. Seite 167

CCXXVI.

Nach dem Tode des Leibzüchters fallen die von der Meyerey auf die Leibzucht mitgenommene Sachen, dem Meyerstand wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen, eben so wenig auch aus den rückständigen Brautschatzgeldern des Leibzüchters. 169

CCXXVII.

Wer statt einer Hecke eine Planke setzen läßt, kann die Observanzmäßige Weite wieder herausrücken. 171

CCXXVIII.

Es ist dem Eigenthumsherrn in gewisser Rücksicht nicht verbothen, seine Brachfelder mit Sommerfrüchten zu bestellen, wenn ein ander auf dem Grund und Boden die Hudegerechtigkeit hat. 173

CCXXIX.

Der Käufer ist schuldig, auch alsdenn von den Kaufgeldern Zinse zu geben, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat, oder hat heben können 175

CCXXX.

Dienstbarkeiten die ein Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, gehen durch einen 20jährigen Nichtgebrauch verlohren. Seite 181

CCXXXI.

Ein unter den streitenden Partheyen getrofner Vergleich ist einschränkend zu erklären, und darf nicht weiter, als worüber er eingegangen, ausgedehnt werden. 183

CCXXXII.

Zur Gültigkeit eines Vertrags über die Erbschaft eines Dritten, wird nicht erfordert, daß der Dritte gleich von Anfang seine Einwilligung dazu gebe. 189

CCXXXIII.

Enkel können immer auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn gleich ihre Eltern derselben sollten entsagt haben. 192

CCXXXIV.

Frauenspersonen können in einem gekauften Lehn (feudum emtum) nicht succediren. 197

CCXXXV.

Uneheliche Kinder, wenn sie durch die nachfolgende Ehe ehelich geworden, succediren wie eheliche Kinder, wenn gleich ihr Vater, ehe er ihre Mutter geheirathet, sich mit einer andern verheirathet gehabt hat. 200

CCXXXVI.

Wenn ein Jude den christlichen Glauben annimt, kann er sich deswegen von seiner jüdischen Frau nicht scheiden lassen. Seite 203

CCXXXVII.

Wenn ein Lehnstück wegen Schulden mit Lehnsherrl. Einwilligung verpfändet ist, so ist der Lehnsherrl., wenn ihm das Lehn zufällt, zur Bezahlung der Schulden verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht. 208

CCXXXVIII.

Wenn auch der Lehnsherr unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts in die Verpfändung gewilliget hat, so ist er dennoch zur Bezahlung verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht, wenn ihm das Lehn zufällt. 215

CCXXXIX.

Wenn die Agnaten zur Verpfändung des Lehns ihre Einwilligung gegeben, so sind sie auch zur Bezahlung der Schuld verbunden. 218

CCXL.

Durch die Scheidung von Tisch und Bette wird die Succession unter den Eheleuten, auch in Absicht des schuldigen Theils nicht aufgehoben. 220

CCXLI.

Die auth. praeterea C. und. vir, et uxor geht auch auf den Mann. 224

CCXLII.

CCXLII.

Wenn der überlebende arme Ehegatte mit Ascendenten oder Seiten-Verwandten konkurriret, so erbt er mit denselben zu gleichen Theilen, wenn mehrere als drey da sind. Seite 227

CCXLIII.

Ein Vermächtnis, welches unter der Bedingung hinterlassen worden: Wenn der Vermächtnisnehmer 20 Jahr alt seyn wird: kann nicht eher als bis nach zurückgelegten 20sten Jahr gefordert werden, und geht also nicht auf dessen Erben, wenn der Vermächtnisnehmer eher gestorben ist. 230

CCXLIV.

Das Vermächtnis eines Lehnstücks ist ungültig, und der Werth desselben braucht nicht erstattet zu werden. 235

CCXLV.

Zur Gültigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung wird nicht erfordert, daß solches von einem Notarius gemacht sey. 239

CCXLVI.

Der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid wird nicht für ausgeschworen gehalten, wenn derjenige, der denselben abstatten soll, den Eid zwar angenommen, oder sich zu demselben erbothen hat, aber ehe derselbe ausgeschworen gestorben ist. 241

CCXLVII.

Einer der sich als Selbstschuldner verbürgt, hat alsdenn das beneficium ordinis nicht, wenn er auf Vorzeigung des errichteten Instruments, zu bezahlen versprochen hat S. 244

CCXLVIII.

Die Entgegenhandlung eines einem Vergleich angehängten Bedings, hebt nicht gleich den Vergleich auf 247

CCXLIX.

Durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wenn sie als eine Intervention angebracht wird, wird nicht immer die Hauptsache sistiret. 249

CCL.

Der Bestohlne hat keine stilleschweigende Hypothek auf die Güter des Diebes 252

CCLI.

Der Vermiether hat auch an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns eine stilleschweigende Hypothek 254

CCLII.

Unter die in ein gemiethetes Haus eingebrachte Sachen gehören auch Kaufmannswaaren, und sind daher solche mit unter der dem Vermiether zustehenden stilleschweigenden Hypothek begriffen. 258

CCLIII.

Das Hausgeräth des Miethmanns ist dem Vermiether stilleschweigend verpfändet. Seite 262

CCLIV.

Unter den Auftrag eine Sache zu verkaufen, ist auch der Auftrag, das Geld dafür in Empfang zu nehmen, begriffen. 264

CCLV.

Wer an einen Bothen ohne besondre Vollmacht des Gläubigers seine Schuld bezahlet, der wird dadurch von seiner Schuld nicht befreyet. 268

CCLVI.

Der Testirer braucht keine fünf Zeugen dazu, wenn er dem Vermächtnisnehmer das hinterlassene Vermächtnis wieder nehmen will. 271

CCLVII.

Ein von einem Notarius über die von ihm unternommene Besitz = Ergreifung errichtetes Instrument, hat keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind. 276

CCLVIII.

Die Einrede der Verjährung kann von dem Richter suppliret werden, wenn dieselbe aus den Acten klar ist. 278

CCLIX.

Eine Schenkung kann aus keiner andern Ursach, als die in der L. fin. C. de donat. enthalten, wiederrufen werden. Seite 282

CCLX.

Wenn der Testirer einem ein Vermächtnis hinterlassen hat, hernach aber einem andern ein und eben dieselbe Sache, mit Beziehung auf das erste Vermächtnis vermacht, so ist das erste Vermächtnis dadurch aufgehoben. 288

CCLXI.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe, als er demselben schuldig war, vermacht hat, so glaubt man nicht, daß er dieses in der Absicht gethan habe, um mit dem Vermächtnis die Schuld zu tilgen, ohne dabey auf den Unterschied zu sehen, ob es ein debitum voluntarium oder necessarium sey. 293

CCLXII.

Ein Legatarius kann auch Zeuge in einem Kodicill seyn. 301

CCLXIII.

Auch bey einem mündlichen Testament können Legatarien Zeugen seyn. 305

CCLXIV.

Reisende sind bey ihren Testamenten, eben so wohl wie andre an die gesetzlichen Feyerlichkeiten gebunden. 307

CCLXV.

CCLXV.

Ein blinder Vater der unter seinen Kindern testiret, muß zu seinem Testament drey Zeugen zuziehen. Seite 313

CCLXVI.

Zu einem mündlichen Testament der Eltern unter ihren Kindern werden zwey Zeugen erfordert. 317

CCLXVII.

Remuneratorische Schenkungen müssen, wenn sie über 500 Dukaten betragen, gerichtlich insinuiret werden. 323

CCLXVIII.

Bey Gränzstreitigkeiten, kann nach geschehener Publikation der Zeugen-Aussagen, noch immer ein Riß zu den Acten gebracht werden. 329

Hun:

Hundert acht und achtzigste Meditation.

Die *L. 41. C. de transact.* findet nicht bey andern Kontrakten statt.

§. 1.

In der *L. 41. C. de transact.* heißt es: *si quis maior annis viginti quinque, adversus pacta vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando principibus, vel non implenda promissa: eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus restituta pœna, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus, itaque omnia eorum mox commoda deputabuntur, qui intemerata pacti iura servaverint. Eos etiam huius*

legis vel iactura dignos esse iubemus vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, salutem principum confirmationem initarum iuraverint esse pactionem.

§. 2. Soll die Verordnung dieses Gesezzes bey einem Vergleich eintreten: so wird erfordert, daß ein Volljähriger dem Vergleich eingegangen habe, daß der Vergleich selbst freiwillig und ohne Zwang getroffen; daß er demnächst mit einem Eide a) bestätiget sey, und daß einer von den Parteyen boshafter Weise den Vergleich nicht erfüllen wolle. In diesem Fall wird ein solcher nicht nur ehrlos, sondern verlieret auch alle den Vortheil, den er aus dem Vergleich würde gehabt haben.

§. 3. Findet aber auch jene Verordnung bey andern eidlich bestätigten Kontrakten statt, und wird derjenige, der einen solchen Kontrakt bricht, ehrlos? Dem ersten Anschein nach scheinet diese Frage bejahet werden zu müssen. Denn die Worte jenes Gesetzes *adversus pacta vel transactiones*, imgleichen: *restituta poena quae pactis probatur inserta*, und *careat emolumento quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus* scheinen sich nicht blos auf einen Vergleich einzuschränken. Zu diesem kömmt noch,

a) Doch wird hier kein körperlicher Eid erfordert, sondern es ist genug, wenn die Parteien an Eides statt die Festhaltung des Vergleichs sich angelobt haben.

noch, daß der Grund jenes Gesetzes, der hier in dem begangnen Meineid liegt, eben so gut auf andere eidlich bestätigte Kontrakte könne angewendet werden. Verschiedne Rechtsgelehrte b) haben daher auch aus diesen Gründen behaupten wollen, daß derjenige, der einen eidlich bestätigten Kontrakt gebrochen habe, eben so wol ehrlos werde, als derjenige, der einen eidlich bestätigten Vergleich bricht.

§. 4. Ehe wir diese uns entgegenstehende Gründe beantworten, wollen wir zuerst, unsere Meinung c) zu beweisen, uns bemühen. Keiner wird überhaupt wol daran zweifeln, daß jenes Gesetz zu den Strafgesetzen gerechnet werden müsse. Findet aber bey den Strafgesetzen keine ausdehnende Erklärung statt d), so ist das schon Beweises genug, daß wir jene in dem Gesetz auf die Brechung eines eidlich bestätigten Vergleichs gesezten Strafen, nicht auf andre Kontrakte ziehen dürfen. Besonders aber hindert uns hier eine ausdehnende Erklärung anzunehmen, weil in keinem einzigen Gesetz dieser Strafe der Ehrlosigkeit bey andern Kontrakten Erwähnung geschieht.

b) *Menoch.* conf. 372. n. 23. *Klok* vol. 2. conf. 58. n. 12. *Martini* com. for. ad proc. tit. 1. §. 2. n. 190.

c) Unserer Meinung pflichten bey *Hahn* ad Wesenb. tit. de transf. n. 7. et tit. de his qui not. inf. n. 7. *Bachov* ad Wesenb. tit. de transf. not. 2.

d) *L. 42 ff. de poen.* Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.

schieht. Zudem sind die in jenem Gesetz bestimmte Strafen so beschaffen, daß sie nur allein auf einen Vergleich, nicht aber auf andere Kontrakte angewendet werden können. Denn so muß derjenige, der einen solchen Vergleich bricht, dasjenige wieder herausgeben, was er durch denselben erhalten hat.

§. 5. Diejenige Gründe, die man uns entgegensezt, bedeuten hier nichts, und lassen sich bald widerlegen.

Wollte man aus dem in jenem Gesetz vorkommenden Wort *pactum* schliessen, daß darunter auch andere Kontrakte mitbegriffen wären; so müste man zuerst erweisen, das *pactum* und Kontrakt eins, und nicht von einander verschieden sey. Dieser Beweis würde um so mehr schwer fallen, auch wohl nie zu führen seyn, da bekannt ist, daß zwischen beiden ein großer Unterschied obwalle, auch kein *pactum* zu den Kontrakten gerechnet werden könne.

Wenn daher hier von einem *pactum* geredet wird, so ist hierunter ein solches zu verstehen, was durch den Vergleich bestimmet und zugleich in demselben mitenthalten ist.

§. 6. So kann man auch wohl nicht behaupten, daß der Grund jener Verordnung in dem Meineid liege; sondern vielmehr ist er wol dieser, daß die Partheien durch so viele Strafen

desto

desto eher sollen bewogen werden, den Vergleich zu halten, damit dadurch zugleich vielen Streitigkeiten vorgebeugt werde. Denn daß bey den Römern der Meineid nicht mit der Ehrlosigkeit bestrafet sey, ist aus andern Stellen klar. e)

Und wenn gleich heut zu Tage nach der peinlichen Gerichtsordnung f) derjenige, der einen falschen Eid schweret, ehrlos wird: so ist dagegen auch bekant, daß solches nur von einen körperlichen und im Gericht abgelegten Eid zu verstehen sey; wir aber reden hier nur von dem Fall, wenn die Partheien in dem Kontrakt selbst sich die Festhaltung desselben an Eides statt angelobet haben.

Hundert neun und achtzigste Meditation.

Das *parricidium* wird in 20 Jahren verjähret.

§. 1.

Der Regel nach werden alle Verbrechen in 20 Jahren verjähret, ausser diejenigen, die aus dem julischen Gesetz von dem Ehebruch ent-

e) L. ult. ff. de crim. stell. L. 2. C. de reb. cr. et iure iur.

f) Art. 107.

entspringen, nämlich Hurerey, Ehebruch, Hurenwirtschaft, Bigamie, Sodomiterey, welche in 5 Jahren verjähret werden. Einige Rechtsgelehrten g) aber wollen von obiger Regel das parricidium ausnehmen, und behaupten, daß solches nie verjähret werden könne. Zu dieser Behauptung sind sie vornämlich durch die *L. 10. ff. ad leg. pomp. de parricid.* bewogen, in welchem es heißt: *eorum qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.*

§. 2. Wir werden nachher sehen, ob dieses Gesetz unserer Meinung wirklich entgegen stehe, wenn wir vorher erst kürzlich unsere Gründe, weswegen wir hier keine Ausnahme in Absicht des Parricidiums machen, anzeigen.

Die allgemeine Regel, nach welcher alle Verbrechen ohne Unterschied in 20 Jahren verjähret werden h) wenn nicht eine besondere Ausnahme davon gemacht ist, welche wir oben angezeigt haben, verbietet uns hier nach Willkühr Ausnahme zu machen; besonders da, wie bekannt, in peinlichen Fällen, keine ausdehnende Er-

g) *Carpzov* pr. rer. crim. part. 3. qu. 141. n. 52. *Brunnemann* processf. crim. cap. 11. n. 8. *Stryk* de act. for. invest. Sect. 3. memb. 2. ex. 5. n. 11. *Leyser* sp. 515. n. 12. 13. *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 157.

h) L. 12 C. ad leg. corn. de falsf. L. 2. et 3. ff. de requir. vel abs. dam. L. 1. §. 3. ff. de iur. fisc.

Erklärung statt findet i). Dies aber würde allerdings geschehen, wenn man behaupten wollte, daß das parricidium gar nicht verjähret werden könne.

§. 3. Zwar scheinet uns hier die *L. 10. ff. ad leg. pomp. de parr.* entgegen zu stehen; aber dieser Widerspruch wird wegfallen, wenn wir dies Gesetz nur gehörig erklären wollen. Nach der *L. 13. ff. de Sčto. Silan.* muste innerhalb 5 Jahren, gegen die Familie eines Getödteten geklagt werden; in diesem Gesetz wird nun gleich hinzugesetzt, *namque eos, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusare permittitur eodem senatus consulto.* Das Wort *semper* also, so wie es hier, und in der *L. 10. ff. ad leg. pomp. de parr.* gebraucht wird, bedeutet nicht so viel, daß die Anklage wegen des Parricidiums gar nicht verjähret werde; sondern da jenes Wort hier der fünfjährigen Verjährung entgegengesetzt wird, so kann solches auch nicht anders als so verstanden werden, daß nämlich das parricidium nicht in fünf sondern zwanzig Jahren verjähret werde k).

i) L. pœn. ff. de poen.

k) *Matthaei* de crim. lib. 48. cap. 4. n. 2. *Theodorici* colleg. crim. pract. cap. 7. aph. 8. n. 17. *Koch* inst. iur. crim. lib. 3. cap. 33. §. 973. *Meister* princ. iurispr. crim. Sect. 3. c. 29. §. 873.

Hundert neunzigste Meditation.

Der in der *L.* 28. §. 10. *ff. de poen.* in Absicht des Raubes gemachte Unterschied, ist durch den 126. Art. der P. G. O. aufgehoben.

§. 1.

In der *L.* 28. §. 10. *ff. de poen.* heißt es: *grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur, et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur; utique si saepius, atque in itineribus hoc admiserunt; caeteri in metallum damnantur, vel in insulas relegantur.*

Nach diesem Gesetz kann ein Räuber nicht anders als unter diesen Umständen mit der Todesstrafe belegt werden, wenn er nämlich Waffen gebraucht, auch mehrmal und auf der Heerstrasse geraubet hat.

Dagegen aber wird in dem 126. Art. der P. G. O. verordnet: ein jeder boshaftiger, überwundner Räuber soll nach Vermög unser Vorfahren, und unser gemeinen Kayserlichen Rechte, mit dem Schwerdt, oder, wie an jedem Ort in diesem Fällen mit guter Gewohnheit herkommen ist, doch am Leben gestraft werden.

§. 2.

§. 2. Daß hier **Karl der fünfte** auf den Raub ohne allen Unterschied die Todesstrafe gesezt habe, lehret jener Artikel; denn hierin wird ganz allgemein geredet, und ein jeder **boshafter überwundner Räuber** am Leben gestraft. Zwar ist es nicht zu läugnen, daß der Gesetzgeber, in den Worten: **nach Vermög unser Vorfahren und unser gemeinen Kayserlichen Rechte**, auf das römische Recht sich bezogen habe, weswegen denn auch einige Rechtsgelehrte l) haben behaupten wollen, daß dadurch zugleich die in jenem Gesetz zu einem Raub, falls er mit dem Tode bestraft werden sollte, enthaltnen Umstände da seyn mögen, indem es unglaublich sey, daß sich der Gesetzgeber auf ein Gesetz bezogen habe, welches er hätte aufheben wollen.

§ 3. Allein dies widerspricht theils den Worten des Artikels, die ganz allgemein lauten; theils beruft sich hier der Gesetzgeber nicht schlechterdings auf das römische Recht, wie in andern Stellen, m) sondern nur in Absicht der Strafe des Raubes. Vielleicht scheinet es aber auch unbillig und Haß zu seyn, wenn man jeden Räuber auf gleiche Art bestrafen, und keinen Unterschied hier zulassen will; aber auch diese Härte

l) *Engelbrecht* comp. ff. tit. de vi bon. rapt §. 43. *Faber* ad C. lib. 9. tit. 24. def. 7. n. 3. *Zieriz* ad art. 126. *Stephan* ad eund. art. *Blumlach* ad eund. art. Strube rechtliche Bed. Theil 1. Bed. 158.

m) P. G. O. Art. 118.

wird verschwinden, wenn man nur bedenken will, daß dieses Verbrechen deswegen so hart geahndet, deswegen auch so wenig Milderungs-Ursachen dabey eintreten, weil durch dasselbe die öffentliche Sicherheit gestöret wird, die doch ein jeder geniessen muß n).

Hundert ein und neunzigste Meditation.

Ein Advokat kann für seinen Klienten kein glaubwürdiges Zeugniß ablegen, wenn er gleich in der Sache, worin er zeugen soll, demselben nicht mehr bedient ist.

§. 1.

Daß ein Advokat für seinen Klienten in der Sache, worin er demselben bedient ist, kein gültiges Zeugnis ablegen könne, ist ausser allem Streit. Ob aber eben das statt finde, wenn der Advokat den Prozes abgegeben? daran wollen

n) *Carpzov* pr. crim. quæst. 90. n. 10. *de Boehmer* ad eund. qu. obs. 2. et in medit. ad const. Carol. art. 126. §. 8. *Stryk* U. M. Tit. de vi bon. rapt. §. 3. *Kress* ad art. 126. §. 1. *Classenius* ad eund. art. *Koch* inst. iur. crim. lib. 2. c. 7. §. 248. schol. Eisenhart Erzählungen von besondern Rechtshändeln, 2. Th. Nr. 18. S. 510.

wollen verschiedne Rechtsgelehrte o) zweifeln; aber gewis ohne allen Grund.

Die Verordnungen der Rechte, nach welchen ein Advokat, in Sachen die seinen Klienten betreffen, nicht zeugen kann, kennen jene Einschränkung nicht. Es heißt in der *L. ult. ff. de testib.* mandatis cavetur, ut præsides attendant, *ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicunt*, quod et in executoribus negotiorum obseruandum est.

§. 2. Damit stimmet auch das geistliche Recht völlig überein, in dem *cap. 3. de test. et attest. in 6.* wird ausdrücklich verordnet, daß ein Advokat in der Appellationsinstanz für seinen Klienten nicht zeugen könne, wenn er demselben in der ersten Instanz bedient gewesen; *in appellationis causa, is qui appellantis procurator vel advocatus in priori iudicio fuerat, non recipiatur in testem.* Eben so redet auch das *c. 3. C. 3. qu. 4.* patroni quoque in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium non dicunt.

§. 3. Man will nun zwar Gegenseits diese Gesetze von dem Fall verstehen, wenn der Advokat durch seine Aussage entweder einigen Vortheil oder Ehre, oder auch Nachtheil sich zuziehen

o) *Carpzov* lib. 3. tit. 9. resp. 92. n. 13. et part. 1. const. 16. def. 59. n. 3. *Coler* decis. germ. part. 2. dec. 241. n. 1.

hen würde. Aber das widerspricht offenbar jenen Worten; denn die Gesetze reden zu allgemein, und sehen keinesweges mit auf jenen Umstand, eben so wenig wie sie darauf Rücksicht nehmen, ob der Advokat seinem Klienten noch bedient ist oder nicht, wie das Wort *præstiterunt* deutlich anzeigt. Mit weit bessern Grund haben also andre Rechtsgelehrte p) diesem widersprochen, und so wurde auch in einer gewissen Sache, wo der Kläger seinen Advokaten, der ihm vorher in eben derselben Sache bedient gewesen war, nachher aber solche abgegeben hatte, als Zeugen wollte abhören lassen, als ein ungültiger Zeuge verworfen.

Hundert zwey und neunzigste Meditation.

Die *actio suppletoria* wird in 30 Jahren verjähret.

§. 1.

Es ist bekant, daß die *actio suppletoria* alsdenn statt finde, wenn diejenigen, welchen der Pflichttheil gebühret, solchen nicht völlig erhalten haben.

Diese

p) *Mevius* part. 8. dec. 56. n. 2. et in iur. Lib. part. 5. tit. 2. art. 1. n. 2. *Stryk* U. M. Tit. de test. §. 6. *Wernher* Tom. 2. p. 6. obs. 292.

Diese Klage unterscheidet sich also von der querela inofficiosi testamenti, nicht nur darin, daß durch dieselbe das Testament nicht aufgehoben wird; sondern daß sie auch weit länger währet, indem die querela inofficiosi testamenti in 5 Jahren, die actio suppletoria aber in 30 Jahren verjähret wird q).

§. 2. Verschiedene Rechtslehrer r) wollen zwar dieser Klage keine längere Dauer als der querela inofficiosi testamenti verstatten, aber gewis ohne den geringsten Grund. Denn so widerstreitet diese Behauptung, nicht nur der allgemeinen Regel, nach welcher alle persönliche Klagen 30 Jahr dauren; s) sondern auch den Gesetzen selbst. Es heißt in dem §. 3. *I. de inoff. test.* — sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartum legitimae partis repleatur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu deberi eam compleri. Aus den Worten *de*

q) *Schilter* ex. 14. §. 29. *Gail* lib. 2. obs. 120. *Mynsinger* cent. 2. obs. 72. *Struv* ex 10. §. 31. *Coccеii* J. C. Tit. de inoff. test. qu. 35. Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 96.

r) *Bartolus* ad leg. 31 C. de inoff. test. *Huber* præl. ad ff. tit. de inoff. test. n. 20.

s) *L.* 3 *C. de praescr.* 30 *annor.* Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales, actiones ultra 30. annorum spatium minime protendantur.

de inofficioso querela quiescente ist schon klar, daß die actio suppletoria weit länger als jene Klage dauren müsse.

§. 3. Es wird daher auch nicht schwer seyn, auf das gegenseitige Hauptargument zu antworten. Man sagt nämlich: wenn es wahr ist, daß die actio suppletoria der querela inofficiosi testamenti surrogiret worden t), so folgt auch daraus, daß sie eben so wie jene in 5 Jahren verjähret werde.

Aber wenn es gleich wahr wäre, — wie es doch nicht ist, — daß die actio suppletoria der querela inofficiosi testamenti surrogiret sey; so ist doch die daraus hergeleitete Folge grundfalsch. Denn das surrogatum nimt keinesweges jederzeit die Natur und Eigenschaft des surrogati an, besonders aber hier nicht, da beide himmelweit von einander verschieden sind. So geht nämlich, wie wir schon angeführet, die querela inofficiosi testamenti, auf die Aufhebung des Testaments; sie steht ferner nur dem Enterbten zu, sie findet nicht mehr statt, wenn der

t) *L. 34. C. de inoff. test. in fin.* Secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartæ partis nepoti superest, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes, vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.

der Enterbte das ihm in Testament ausgesezte Vermächtnis annimt. Ganz anders aber verhält es sich mit der actio suppletoria, wie kann man also wohl behaupten, daß sie mit jener Klage von gleicher Dauer sey.

Hundert drey und neunzigste Meditation.

Der Bruder des eingesezten Erbens, ist ein gültiger Testamentszeuge.

§. 1.

Ein Testament wurde aus dem Grund als nichtig angefochten, weil der Bruder des eingesezten Erbens als Testamentszeuge dabei war gebraucht worden, und es entstand daher zwischen dem Intestat- und Testaments-Erben ein Rechtsstreit darüber, ob ein solches Testament gültig sey oder nicht. Sehen wir hiebei auf die Meinungen der Rechtsgelehrten, so werden wir finden, daß einige u) ein solches Testament für

u) *Müller* ad Struv ex. 32. §. 13. *Leyser* sp. 355 corrol. 1. *Otto* de testimonio fraterno testamentario Sect. 2. n. 7. *Cocceii* J. C. tit. qui testam. fuc. poss. qu. 13. *Wernher* Tom. 1. part. 4. obs. 230. n. 3. Strube rechtl. Bed. Th. 3. Bed. 90.

für gültig, andere v) aber für ungültig erklären.

§. 2. Wollen wir aber blos nach den Gesetzen urtheilen, so treffen wir keinen einzigen Grund an, warum wir einen Bruder für einen ungültigen Testamentszeugen, in dem Testament, worin sein Bruder zum Erben eingesezt worden, halten sollen. Kayser Justinian hat in dem §. 10. *l. de testam* verordnet, daß Brüder, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, keine Testamentszeugen, in dem Testament, worin einer von ihnen zum Erben eingesezt worden, seyn könne. Daraus fließt aber von selbst, daß, wenn sie nicht mehr in der väterlichen Gewalt sich befinden, sie allerdings als gültige Zeugen gelten müssen. Es heißt: *sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt.*

§. 3. Der Einwurf, den man uns von der Gegenseite macht, daß nämlich Brüder für einander im Gericht kein völlig gültiges Zeugnis ablegen können, und daß hier wegen der besondern Zuneigung, die Brüder gegen einander hegten,

v) *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 7. n. 6. *Brunnemann* ad L. 20 ff. qui testam. fac. poss. n. 7. *Struv* ex. 32. §. 13. *Barry* de success. test. et intestat. lib. 1. tit. 1. n. 27. *Stryk* Caut. test. cap. 15. §. 28.

hegten, das Zeugnis derselben verdächtig mache, bedeutet in der That nichts.

Denn wenn gleich im Gericht ein Bruder kein völlig gültiges Zeugnis für seinen Bruder ablegen kann; so kann man doch von gerichtlichen Zeugen auf Testamentszeugen nicht immer schliessen. Gerichtliche Zeugen müssen die Wahrheit oder Unwahrheit einer Sache bezeugen; bei Testamentszeugen aber, die blos der Feierlichkeit wegen zugezogen werden, fällt das weg.

Und eben so wenig kann man auch dabey auf die Zuneigung sehen, da es bekannt ist, daß ein Vermächtnisnehmer ein tüchtiger Zeuge im Testament ist w), obgleich diesem oft mehr daran gelegen, ob das Testament gelte oder nicht.

Es wurde deswegen auch in obiger Sache mit Recht auf die Gültigkeit des Testaments gesprochen.

Hun-

w) §. 11. J. de test. ordin.

Hundert vier und neunzigste Meditation.

Ein Testament der Eltern unter Kindern ist ungültig, wenn das Jahr, Monat, und Tage, wann es gemacht worden, nicht ausgedrückt ist.

§. 1.

In dem Testament, welches ein Vater unter seinen Kindern errichtet hatte, waren alle Feierlichkeiten, die zu einem solchen Testament erfordert werden, beobachtet, nur fehlte darin das Jahr, Monat und Tag der Errichtung desselben. Es entstand daher unter den Kindern ein Streit, ob ein solches Testament als gültig bestehen könne?

§. 2. Die Novelle 107. Kap. 1. verordnet davon folgendes: *nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes, (quid enim sic proprium est legum, sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus) volumus, si quis literas sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem* *primum quidem eius subscriptione tempus declaret*: *deinde quoque filiorum nomina propria manu: ad hoc uncias in quibus eos scripsit heredes, non signis nume-*

numero significandas, super totas literas declarandas: ut undique clarae et indubitatae consistant.

Und eben diese hier angeführte Stücke, sind in der aus jener Novelle hergenommenen *auth. quod sine C. de testam.* wiederholet, wenn es darin so heißt: *quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarum consequentia declaret* e t t e m p u s, *et liberorum nomina, item et unciarum numerum, seu signa rerum specialium, in quo et aliis legari, et fidei committi, et libertas relinqui potest.* — Hierin wird, wie ein jeder von selbst finden wird, ausdrücklich die Verfügung des Jahrs, Monats und Tags zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern erfordert. Fehlet daher diese, so ist auch ein solches Testament allerdings ungültig x).

§. 3. Die unserer Meinung entgegenstehende Gründe sind auch nicht von der Beschaffenheit, daß sie eine andre Entscheidung bewirken können. Wir werden uns davon nicht besser überzeugen können, als wenn wir solche hier kürzlich anführen.

Den ersten Grund nimt man aus der *L. 21. pr. C. de testam.* her. In diesem Gesetz sind

 alle

x) *Berlich* part. 1. dec. 90. *Carpzov* part. 3. conft. 4. def. 17. *Ritterhus* ad Nov. part. 6. cap. 2. n. 4. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 14. *Leyser* sp. 367. med. 3.

alle die zu einem Testament erforderliche Feierlichkeiten angegeben, keineswegs aber zu einem wesentlichen Stück desselben, die Beifügung des Jahrs, Monats und Tags, gerechnet. —

Allein dieses Gesetz redet nicht von einem Testament der Eltern unter ihren Kindern, sondern von einem solennen Testament. Wie kann man aber von diesem auf jenes schliessen? da bekannt ist, daß andre Stücke zur Gültigkeit eines solennen, andre zu einem privilegirten Testament gehören.

§. 4. Der zweyte Grund der gegenseitigen Meinung liegt in der *L. 26. C. fam. berisc.* worin es so heißt: *inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos Praetor ad successionem vocat sive coeptum neque impletum testamentum, vel codicillis, seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scriptura quibuscunque verbis vel indiciis inveniuntur relictae, iudicio familiae erciscundae (licet ab intestato liberi ad successionem vocentur) servato senatus consulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur, etiam si solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.*

Dieses Gesetz verordnet, daß jeder lezter Wille des Vaters gültig seyn solle, wenn daraus nur klar wäre, was er unter seinen Kindern habe verordnen wollen.

§. 5. Wenn wir aber auch annehmen wollen, daß jenes Gesetz des Kayser Konstantins von einem Testament der Eltern unter ihren Kindern rede: — da es doch eigentlich von der Theilung der Güter unter den Kindern handelt, — so können wir uns doch um so weniger mehr nach jener Verordnung richten, da solche von Kayser Justinian durch neuere Gesetze in so weit geändert worden. Wir brauchen uns nur zum Beweis unsrer Behauptung auf die bereits angeführte Novelle 107. zu berufen. In dieser und zwar in der Vorrede derselben heißt es: *a Constantino divæ memoriæ lex scripta est per antiquæ coniecturæ simplicitatem: porro causarum varietas et natura eas frequenter mutans, egere leges illas emendatione nostra praeparavit.* — Da also dadurch jenes Gesetz abgeändert ist, so kann auch unser Fall daraus nicht entschieden werden.

§. 6. Endlich sagt man, die Benennung der Zeit, wann das Testament errichtet worden, sey nur alsdenn nöthig, wenn verschiedne Testamente gemacht worden, so, daß man nicht wissen könne, welches zuerst oder zulezt errichtet sey.

Aber wenn dies gleich der Bewegungsgrund des Gesetzgebers sollte gewesen seyn, um auf diese Art allen Zweifeln, wenn mehrere Testamente sollten gefunden werden, vorzubengen; so kann man doch nicht behaupten, daß, wenn dieser

Bewegungsgrund wegfalle, das Gesetz selbst wegfallen müsse.

Aus diesen allen sehen wir, wie wenig Grund die gegenseitige Meinung y) habe, und daß, da sich unsre Meinung auf klare Gesetze gründet, nach solcher auch gesprochen werden müsse.

Hundert fünf und neunzigste Meditation.

Zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern, werden gar keine Zeugen erfordert, wenn die Eltern solches eigenhändig geschrieben haben.

§. 1.

Wenn Eltern unter ihren Kindern ein Testament errichten, und solches eigenhändig schreiben, so ist ein solches Testament immer gültig, wenn auch gleich keine Zeugen zugezogen sind.

y) *Card. de Luca* theatr. ver. et iust. tract. de testam. disc. 75. n. 5. *Wesenbec* in conf. part. 2. conf. 90. n. 17. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 3.

sind z). Dies schliessen wir aus der *L.* 21. §. 1. *C. de testam.*, worin es heißt: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.* Was aber hier unter einem *imperfectum testamentum* zu verstehen sey, lehret der Eingang jenes Gesetzes, woraus wir sehen, daß darunter ein solches Testament gehöre, was nicht von Zeugen unterschrieben und untersiegelt worden a).

§. 2. Eben dies giebt die Novelle 107. Kap. 1. nicht undeutlich zu erkennen. In dieser Novelle werden zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern, nicht anders als auf den Fall Zeugen erfordert, wenn die Eltern, die ihnen bei einem solchen Testament vorgeschriebne Form nicht beobachten, z. B. wenn sie in demselben einer fremden Person ein Vermächtnis hinterlassen haben. Ist daher die ihnen vorgeschriebne Form von ihnen beobachtet, so fallen auch alle andre Feierlichkeiten weg. Wir wollen die Stelle ausgedachter Novelle einrücken: *si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa,* aut

z) *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 7. *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 17. n. 7. *Struv* ex 32. §. 18. 19. *Schilter* ex 38. §. 131. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 19. *Coccerii* J. C. Tit. de testam. mil. qu. 12. *Wernher* Tom. 1. part. 5. obs. 154.

a) *Stryk* l. c. §. 9. *Leyser* spec. 367. n. 1.

aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma.

§. 3. Diejenigen Gründe, welche Cujacius b) zur Vertheidigung der gegenseitigen Meinung anführet, beweisen dieselbe keinesweges.

Er sagt nämlich, diejenige leztere Willensmeinung, wozu keine Zeugen zugezogen würden, könne weder ein Testament noch ein Kodicill genannt werden, weil zu einem Testament sieben, zu einem Kodicill aber fünf Zeugen erfordert würden. Sodann käme das Wort *testamentum* von dem Wort *testis* her, es wäre daher ungereimt, wenn ein Testament ohne Zeugen bestehen sollte.

§. 4. Allein die Schwäche dieser Gründe ist so offenbar, daß sie nicht mal eine Widerlegung verdienen. Denn fürs erste reden wir hier ja nicht von einem solennen Testament; fürs zweyte können wir hier auch nichts aus der Herleitung des Worts Testament schliessen, da es nicht einmal wahr ist, daß solches von dem Wort *testis*, sondern wie das *pr. I. de testam. ord.* lehrt, von *testatio mentis* herkommt.

§. 5.

b) in consultationibus. Consult. 1.

§. 5. Der wichtigste Zweifel, aber der uns gemacht werden kann, liegt in dem R. A. von 1512. Tit von Testamenten. § 2. worin es heißt: aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da kein ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird; oder von Rittern die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween.

Aber so können wir diese Stelle ganz füglich von dem Fall verstehen, wo es auf den Beweis eines Testaments, ob nämlich solches von den Eltern ist gemacht worden, ankommt. In dem Fall, muß dieses von zwey Zeugen, erwiesen werden, wenn es an andern Beweismitteln fehlen sollte.

Hundert sechs und neunzigste Meditation.

Das Recht des Vaters, unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen zu können, geht nicht auf natürliche Kinder.

§. 1.

Wenn ein Vater unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen will, so darf sich solches nur auf die in der Ehe erzeugten Kinder erstrecken; denn in Absicht der natürlichen Kinder gilt ein solches Testament nicht c). Was aber die Mutter anbetrift, so stehen ihr nicht blos wegen ihrer ehelichen, sondern auch in Absicht ihrer unehlichen Kinder gleiche Rechte zu. Der Grund davon liegt darin, weil sowol eheliche als unehliche Kinder, der Mutter auf gleiche Art succediren.

§. 2.

c) *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 18. *Schilter* ex. 38. §. 130. *Struv* ex 32. §. 18. *Boehmer* cons. et resp. Tom. 2. resp. 731. n. 6. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 5. *Coccii* J. C. Tit. de testam. mil. qu. 8.

§. 2. Verschiedne Rechtsgelehrte d) haben zwar ohne Unterschied den Eltern dieses Vorrecht beilegen wollen. Aber wir werden sehen, daß ihre Behauptung durch keine rechtliche Gründe unterstüzt werde, auch nicht in den Gesetzen gegründet sey.

Denn das Recht der Eltern unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, ist ein denselben ertheiltes Privilegium. Ein Privilegium aber darf nicht weiter ausgedehnt werden als es ertheilet worden ist e).

Aber woher wissen wir denn, daß dieses Privilegium sich nur blos auf eheliche Kinder erstrekke? Alle die Geseze die jenes Privilegiums erwähnen, reden von **Kindern**, unter dieser Benennung aber, wenn nämlich nur blos von Kindern geredet wird, sind nur eheliche, nicht aber unehliche oder natürliche Kinder begriffen f). Und da es bekannt ist, daß eheliche und natürliche Kinder in Absicht des Vaters nicht gleiche Successionsrechte haben; so folgt auch daraus, daß leztere nicht als rechte Kinder des Vaters angesehen werden können.

§. 3.

d) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 24. *Mevius* Jus Lubec. part. 2. lib. 1. art. 2. n. 14. *Berger* Oecon. iur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 2.

e) *L.* 141. *ff. de reg. iur.* Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

f) L. 6 ff. de his qui sui vel al. iur. sunt.

§. 3. Die Gründe der gegenseitigen Meinung sind diese, man sagt: daß Recht der Eltern unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, beruhet schon in dem natürlichen Recht, nach welchem unter ehelichen und unehelichen Kindern kein Unterschied gemacht wird, und folglich stehen auch dem Vater in Absicht beider gleiche Rechte zu.

Allein es ist falsch, daß jenes Recht der Eltern schon in dem natürlichen Recht gegründet sey, da überhaupt das natürliche Recht, das Recht Testamente zu machen nicht kennet g,) und erst durch die bürgerlichen Gesetze, Testamente ihre verbindliche Kraft erlangt haben. Sodann sind auch die Testamente der Eltern unter ihren Kindern durch die bürgerlichen Gesetze eingeführet, wornach also auch dieselben beurtheilet werden müssen.

§. 4. Ferner beruft man sich auf die *L. 4. C. de confirm. tutor*, welcher folgendes verordnet: *naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint (scilicet intra praefinitum nostris legibus modum) et tutorem eis relinquere, qui debet apud competen-*

g) *Achenwal* Jus natur. lib. 1. Sect. 2. tit. 12. §. 40. *Wischer* de testamentis iure naturæ ignotis. *Gebauer* de origine testamentar. minime ex iure naturali repetenda.

petentem iudicem confirmari, et ita res gerere pupillares. Da in diesem Gesetz gesagt wird: daß der Vater auf jede Art seinen natürlichen Kindern was hinterlassen könne: so schließt man daraus, daß solches auch in einem privilegirten Testament der Eltern geschehen könne.

Allein die in jenem Gesetz vorkommende Worte *quocunque modo* haben nicht den Verstand, daß es Eltern auch erlaubt sey, auf alle und jede Art den natürlichen Kindern was zu hinterlassen, also auch in einem privilegirten Testament: sondern jene Worte sind vielmehr so zu verstehen, daß Eltern sowol bey ihrem Leben, als auch nach ihrem Tode in einem letzten Willen ihren natürlichen Kindern was zuwenden können.

§. 5. Den Grund, den man endlich noch aus der *L. 6. ff. de in jus vocando* hernimmt, bedeutet nichts. Es heißt darin: *parentes naturales in ius vocare nemo potest, una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.* Denn der Grund jenes Edikts beruhet in der Ehrerbietung, die Kinder ihren Eltern schuldig sind; diese ist aber sowol bey ehelichen als natürlichen Kindern gleich stark. Der Grund aber des Vorrechts der Eltern unter ihren Kindern zu testiren, beruhet darin, weil Kinder schon natürliche Erben ihrer Eltern sind, welcher Grund aber bey den natürlichen Kindern wegfällt.

Hundert sieben und neunzigste Meditation.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ist nicht gültig, wenn die darin vermachte Summe mit Ziefern ausgedrückt ist.

§. 1.

Ein Vater hatte in einem Testament, welches er unter seinen Kindern errichtet hatte, theils die Namen seiner Kinder nicht ausgeschrieben, sondern nur die Anfangs-Buchstaben z. B. mein Sohn A. F. mein Sohn C. W. meine Tochter H. E. gesezt; theils die seinen Kindern ausgesezten Summen mit Ziefern ausgedrückt. Aus diesem Grund griff daher eines der Kinder das Testament als nichtig an; und es entstand daher die Frage: ob ein solches Testament gelten könne oder nicht?

§. 2. Diese Frage ist schon durch die Gesetze dahin entschieden, daß Eltern in einem solchen Testament gehalten seyn sollen, sowol die Namen der Kinder, als auch die denselben vermachte Summe mit Worten nicht aber mit Ziefern auszudrücken. Mit dieser Entscheidung stim-

stimmen auch die mehrsten Rechtsgelehrten h) überein. So wird in der *auth. quod sine C. de testam.* verordnet: *quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria non signis, sed literarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina, item et unciarum numerum, seu signa rerum specialium: in quo et aliis legari, et fideicommitti, et libertas relinqui potest.* Eben so redet auch die Nov. 107. Kap. 1. woraus jene Auth. genommen, wenn es darin so heißt: *deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas, ut undique clarae et indubitate consistant.*

§. 3. Die Zweifel, welche uns entgegenstehen, und aus welchen verschiedne Rechtsgelehrte i) ein solches Testament für gültig halten, sind bald zu heben.

Man sagt: bey einem solchen privilegirten Testament, käme es nur hauptsächlich auf die Ge-

h) *Struv* ex. 32. §. 18. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 15. *Cocceji* conf. et resp. Tom. 2. resp. 600. n. 1. *Boehmer* de script. non legibil. c. 3. §. 6. *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 4. §. 6. n. 3. *Puffendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 1. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 10.

i) *Manzius* de testam. valid. et invalid. lib. 4. qu. 1. n. 5. *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 4. *Ritterhus* ad Nov. part. 6. cap. 2. n. 8. *Leyser* spec. 367. med. 1. *Hommel* Rhaps. obs. 354.

Gewisheit des Willens an; wenn daher durch den Gebrauch der Ziefern keine Ungewisheit entstehe, so sey allerdings ein solches Testament für gültig zu achten. Sodann sey in der *L. 21. C. fam. hercisc.* verordnet: *si cogitatione futurae successionis, officium arbitri, dividendae hereditatis praeveniendo, pater communis iudicio suo, qualicunque iudicio suam voluntatem declaraverit inter eos.* Ingleichen in der *L. 26. C. eod. tit.* in den Worten *sive quocunque alio modo scriptura quibuscunque verbis vel indiciis inveniantur relictæ.* Aus welchen allen zu schliessen, daß es kein nothwendiges Erfordernis sey, die Namen der Kinder und die denselben ausgesezte Summe mit Worten völlig auszuschreiben.

§. 4. Allein der erste Zweifel muß völlig verschwinden, wenn wir nur erwägen wollen, daß einmal in der Novelle 107. den Eltern eine gewisse Form unter ihren Kindern zu testiren vorgeschrieben sey, welche sie also zu überschreiten nicht befugt sind. Es kömmt also nicht blos auf die Gewisheit des Willens, sondern auch darauf an, ob die gehörige Form in einem solchen Testament beobachtet sey.

Was die noch übrigen beide Gesetze anbetrift, so haben wir schon kurz vorher gezeigt k), daß hierin durch die angeführt Novelle eine Abänderung gemacht sey.

Hun-

k) Med. 194.

Hundert acht und neunzigste Meditation.

Wenn Eltern in einem Testament unter ihren Kindern einer fremden Person was vermachen, so muß solches vor 5 Zeugen geschehen.

§. 1.

Wenn ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ohne alle Feierlichkeiten gelten soll, so wird nothwendig erfordert, daß solches blos unter den Kindern gemacht sey. Sobald einer fremden Person etwas vermacht worden, werden zur Gültigkeit des Vermächtnisses Zeugen erfordert; sind diese nicht zugezogen, so ist ein solches Vermächtnis ungültig, und fällt den Kindern zu. Dies lehret uns die Nov. 107. Kap. 1. wenn sie folgendes verordnet: *si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma: nihilo minuenda eo quod videantur in charte scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipiente: sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem veritatem chartae praebitam.*

§. 2. Wie viele Zeugen aber alsdenn erfordert werden, ist unter den Rechtsgelehrten streitig, indem einige 5 Zeugen l), andere aber nur zwey m) erfordern. Die erstere Meinung scheinet uns am gegründesten zu seyn. Denn so ist bekannt, daß das Privilegium, welches den Eltern gegeben ist, nur blos sich auf die Kinder, keinesweges aber auf fremde erstrecke. Wollen also Eltern einer fremden Person, in einem Testament, welches sie unter ihren Kindern errichtet haben, was vermachen, so sind sie auch nothwendig an die in den Gesetzen vorgeschriebne Feierlichkeiten gebunden. Diese Gesetze aber erfordern zur Gültigkeit eines jeden Vermächtnisses fünf Zeugen n), und da die Gesetze desfals ohne alle

l) *Brunnemann* ad auth. *quod sine* C. de testam. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 24. *Wernher* Tom. 1. part. 1. obs. 239. *Puffendorf* Tom. 2. obs. 31. §. 4. *Rivinus* de testam. parent. inter liberos coram duobus testibus respectu extraneæ personæ invalido. *Boehmer* de codicillis absque testibus validis cap. 2. §. 14.

m) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 20. *Struv* ex. 32. §. 19. *Cocceii* J. C. Tit. de test. militis qu. 9. *Leyser* spec. 367. n. 6. *Harprecht* de admixt. personæ extran. in disp. parent. inter liberos. §. 56. n. 9. Eisenharts Rechtshändel, Th. 7. Nr. 12. S. 339.

n) *L.* 8. §. 3. *C. de codicil.* In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, *quinque testes* vel rogati, vel qui sortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

alle Ausnahme reden, so finden dieselben auch in diesem Fall ihre Anwendung.

§. 3. Man wird sich noch mehr von der Richtigkeit unserer Meinung überzeugen, wenn wir die Gründe, worauf die gegenseitige Meinung beruhet, anführen, und solche widerlegen.

Man sagt: wenn überhaupt in den Gesetzen zu einer Sache Zeugen erfordert, und keine Zahl bestimmt wird, so sind zwei Zeugen hinreichend o).

Allein ganz anders verhält es sich, wenn Zeugen zum Beweis, ganz anders, wenn sie der Feierlichkeit wegen zugezogen werden müssen. Hier in unserm Fall aber, wo es nicht blos auf den Beweis, sondern auf eine zu beobachtende Feierlichkeit ankommt, können wir jenes Gesetz, welches blos vom erstern Fall redet, nicht anwenden.

§. 4. Ferner sagt man: die *L. 8. §. 3. C. de Codic.* wolle zwar, daß ein Vermächtnis von fünf Zeugen sollte hinterlassen werden, und daß diese Zeugen, wenn das Vermächtnis schriftlich gemacht worden, sich unterschreiben sollten. Justinian aber habe in der angeführten Novelle

o) *L. 12. ff. de testib.* Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est.

velle 107. die Unterschrift der Zeugen bey einem Testament der Eltern unter ihren Kindern erlassen, und es für hinreichend gehalten, wenn der Testator nur von den Zeugen aussage: daß er alles dasjenige, was er in dem Testament geschrieben und seine Kinder nicht angienge, wollte gehalten wissen. Da also hier die Unterschrift den Zeugen erlassen sey, so sey auch dadurch zugleich die sonst erforderliche Anzahl der Zeugen mit erlassen.

Allein diese Folge ist ganz unrichtig. Denn da Justinian hier einen Theil der Feierlichkeit erlassen, so folgt vielmehr daraus, daß er, da er von keiner bestimmten Anzahl der Zeugen redet, diejenige verstanden habe, die zu einem gültigen Vermächtnis erfordert werden. Würde er anders solches nicht eben so genau bestimmt haben, wenn er hierin eine Aenderung hätte treffen wollen?

Hundert neun und neunzigste Meditation.

Das in einem Testament der Eltern unter ihren Kindern der Frauen ausgesetzte Vermächtnis, ist nicht anders gültig, als wenn solches vor fünf Zeugen geschehen.

§. 1.

Ein Vater hatte in seinem Testament, welches er unter seinen Kindern gemacht hatte, seiner Frau ein Vermächtnis von 500 Rthlr. ausgesetzt. Wie die Frau nach dem Tode ihres Mannes solches von den Kindern forderte, weigerten sich diese ihr es auszuzahlen, weil dazu keine Zeugen zugezogen waren, und daher ein solches Vermächtnis als völlig ungültig wegfallen müsse.

§. 2. Die Verordnungen der Gesetze sind in diesem Fall ganz deutlich und klar, sie wollen nämlich, daß in einem Testament der Eltern unter ihren Kindern einer fremden Person, das ist, einer solchen, die nicht zu den Kindern gehöret, nicht anders auf eine gültige Art als in Gegenwart der Zeugen etwas vermacht werden könne.

Sie schliessen auch endlich die Frau, aus der Zahl der fremden Personen nicht aus, sondern begreifen vielmehr selbige mit darunter p), wie solches die vorhin angeführte Nov. 107. Kap. 1. in den Worten *si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus etc.* lehret.

§. 3. Bei so klaren Worten der Gesetze würden uns auch die Gründe nicht irre machen können, aus welchen man die gegenseitige Meinung q) vertheidigen will.

Man beruft sich nämlich auf die *L. 38. ff. de fideicom. libert.* Der Fall dieses Gesetzes ist folgender: Ein Vater hatte in dem Testament unter seinen Kindern seiner Amme die Freiheit und Fideikommisse vermacht. Nach dem Tode des Vaters hatten die Kinder die Amme in Freiheit gesezt, und es entstand daher die Frage, ob die Amme auf die Freiheit und Fideikommisse hätte Anspruch machen können? **Paulus**, als Verfasser des Gesetzes, entscheidet diese Frage dahin, daß die Amme mit Recht sey losgelassen, und daß ihr die Fideikommisse geleistet werden müsten. Hieraus schließt man nun: wenn der Testirer einer ihm lieben Person in einem nicht feierlichen Testament was vermacht hat, so gilt solches auch gegen die Strenge der Gesetze.

§. 4.

p) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 19. n. 6. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 22. *Wernher* Tom. I. part. 5. obs. 154.

q) *Cuiacius* in expos. Nov. ad Nov. 107.

§. 4. Um auf diesen Einwurf desto besser antworten zu können, wollen wir das Gesetz selbst einrücken. *In testamento quod perfectum non erat alumnae suae libertatem et fideicommissa dedit, cum omnia filii, ut ab intestato egissent, quaesiit Imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset? Et interlocutus est, etiam si nihil ab intestato pater petiisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset, pronuntiavit igitur, recte eam manumissam, et ideo fideicommissa etiam ei praestanda.* Wenn wir auch nicht einmal anführen wollten, daß dieses Gesetz, falls es uns in der That entgegenstünde, durch die neuern Verordnungen aufgehoben worden, so lehret doch der Inhalt desselben, daß solches von einem ganz andern Fall rede. Die Kinder hatten den Willen ihres Vaters in einem Stück erfüllet, da sie die Amme in Freiheit gesetzet, dadurch hatten sie also zu erkennen gegeben, daß sie dem Willen ihres Vaters folgen wollten; sie waren daher auch schuldig, den Willen des Vaters überhaupt nachzukommen, und die hinterlassenen Fideikommisse auszuzahlen.

Da unsere Meinung also auf deutliche Gesetze sich stützet, so muste auch in dem angeführten Fall das Vermächtnis als ungültig erkannt werden.

Zweyhundertste Meditation.

Das den Eltern ertheilte Privilegium unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, steht den Kindern nicht zu.

§. 1.

Wenn Kinder ein Testament machen, und darin ihre Eltern zu Erben einsetzen wollen, so sind sie an die in den Gesetzen bestimmten Testamentsfeierlichkeiten gebunden, und ihnen steht das Privilegium nicht zu, so wie Eltern unter ihren Kindern, ohne alle Feierlichkeiten zu testiren r).

Der Beweis hievon liegt theils in den Gesetzen, theils in der Natur der Sache selbst.

Die Gesetze reden nämlich nur blos von dem Testament der Eltern unter ihren Kindern, wie die Worte der *L. 21. §. 1. C. de testam.* anzeigen: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur non volumus.*

r) *Carpzov* part. 3. const. 4. *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 26. *Struv* ex. 32. §. 20. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 8. Das Gegentheil behauptet *Clarus* in sent. recept. lib. 3. qu. 12. n. 6.

mus. Womit die Nov. 107. gleichfalls übereinstimmet, wenn es daselbst heißt: *dicit itaque lex, oportere morientium voluntates, omnibus modis inter filios obtinere.*

§. 2. Eben so lehret auch die Natur und Eigenschaft der Sache selbst, daß die Testamente der Eltern unter ihren Kindern zu den besondern Rechten gehöre, und blos zum Besten der Kinder sind eingeführet worden. Dürfen wir aber keine Privilegiums, keine einer Person ertheilte Vorrechte auf andre ausdehnen 8): so dürfen wir auch nicht das Vorrecht, welches den Eltern in diesem Fall ertheilt ist, den Kindern beylegen. Vielmehr müssen wir, da in dem Gesetzen mit gar keinen Wort davon Erwähnung geschehen, daraus den Schlus herleiten, daß Kinder, wenn sie ein Testament machen, und ihre Eltern darin bedenken wollen, an die vorgeschriebnen Feierlichkeiten gebunden sind.

§. 3. Diejenigen Gründe, woraus man das Gegentheil erweisen will, sind auch nicht so beschaffen, daß daraus eine andre Entscheidung gefaßt werden könnte. Denn der Grund, daß Vater und Sohn als personæ correlativae anzusehen wären, und daher auch dasjenige, was dem Vater erlaubt, dem Sohn erlaubt seyn

 müsse,

8) *L.* 114. *ff. de reg. iur.* Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentiam. — *Conf. L.* 14. *seq. de legib.*

müsse, sagt hier nichts; weil jenes Argument, sobald als ein verschiedner Grund in den correlatis selbst ist, nicht Platz findet, und daß dieses hier sey, lehret das vorhergehende. Kinder sind ihren Eltern Hochachtung schuldig, sie sind verbunden ihren Willen und Anordnungen, wenn beide den Gesetzen gemäß sind, sich zu unterwerfen. Das ist aber bey den Eltern der Fall nicht. Daher kann man auch wol nicht behaupten, daß hier ein und eben der Grund eintrete, weil den Eltern das Vermögen ihrer Kinder nach dem Tode vor allen andern Blutsverwandten gebühre. Denn die Erbfolge der Ascendenten und Descendenten ist nicht gleich, da jene in dem Fall nur eintritt, wenn keine Descedenten da sind.

Da also die gegenseitige Meinung sich nur auf so schwache Gründe stützet, so können wir derselben auch nicht beypflichten.

Zweyhundert und erste Meditation.

Die Veräuserung eines Brautschatz = Guts (fundi dotalis) ist ungültig, wenn gleich die Frau nach zwey Jahren in den Verkauf sollte gewilliget haben.

§. 1.

Nach dem julischen Gesetz war es dem Ehemann nicht erlaubt, das Brautschatz = Gut seiner Frau wider ihren Willen zu verkaufen; verpfänden aber konnte er dasselbe gar nicht, auch dann nicht, wenn gleich die Frau darin gewilliget hatte. Dieses Gesetz ging aber nur auf die in Italien liegenden Grundstücke. **Justinian** dehnte dieses Gesetz nicht blos auf alle Grundstücke aus, sie mogten in Italien oder in einer andern Provinz liegen, sondern verordnete auch daß sowol der Verkauf als Verpfändung eines Brautschatz = Guts, wenn auch die Frau darin gewilliget hätte, ungültig seyn sollte t).

§. 2.

t) *P. I. quib. alien. lic. vel non.* — Cum enim in solis tantum modo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum re-

§. 2. Soll diese Verordnung statt finden, so werden folgende Stücke erfordert. Es muß nämlich der Mann das Brautschatz-Gut ohne Noth veräusert haben, auch die Veräuserung selbst muß zum Nachtheil der Frau gereichen; denn sobald eine nothwendige Ursach eintritt, z. B. wegen Schulden der Frau, so ist die Veräuserung gültig u).

Es

rerum, etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, inderdicta sit alienatio, vel obligatio: ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur. — *L. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.* Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus: sufficiens habet remedium mulier et si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne et consensu mulieris hypothecae eius minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire: hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinum deducatur inopiam.

u) *L.* 1. *pr. ff. de fund. dot. L.* 2. *C. eod. tit.*

Es müssen ferner unbewegliche Sachen seyn; denn bewegliche Sachen kann der Mann veräussern v). Eben dies findet auch alsdenn statt, wenn die unbeweglichen Güter, die die Frau dem Mann zubringt, in der Absicht taxiret sind, daß künftig die Frau oder ihre Erben nicht das Gut selbst, sondern den Werth dafür zurück erhalten sollen w).

§. 3. Aber wenn die Frau in dem Verkauf gewilliget, und nach zwey Jahren ihre Einwilligung nochmals wiederholet hat, ist ein solcher Verkauf alsdenn nicht gültig? — Die Rechtsgelehrten beantworten diese Frage nicht auf gleiche Art, einige x) wollen einen solchen Verkauf für gültig halten, andere y) aber nicht. Wir treten hier der leztern Meinung bey. Bey Entscheidung dieser streitigen Frage, kommt es vornämlich auf die richtige Erklärung der Nov. 61. an, weil aus derselben beide Theile ihre Meinung zu erweisen suchen.

§. 4.

v) L. 42. ff. de iur. dot.

w) L. 10. §. 4. ff. de iur. dot.

x) *Voet* ad ff. Tit. de fund. dot. §. 6. *Stryk* de iure mariti in bon. uxor. cap. 2. §. 57. *Leyser* sp. 311. med. 3. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1252.

y) *Lauterbach* colleg. th. pr. Tit. de fund. dot. §. 16. *Müller* ad Struv ex. 30. §. 21. *Saude* de proh. rer. alien. part. 1. cap. 10. n. 13. *Coler* decis. germ. dec. 223. n. 56. *Cocceii* J. C. de fund. dot. qu. 4. *Wernher* part. 8. obs. 437. Strube rechtl. Bed. Th. 5. Bed. 100.

§. 4. Jene Novelle verbietet überhaupt sowol die Veräuserung als Verpfändung der zum Gegenvermächtnis (donatio propter nuptias) gesetzten unbeweglichen Güter.

Auch selbst, wenn die Frau einmal in dem Verkauf gewilliget hat, soll derselbe dennoch ungültig seyn: *consensus enim in talibus aut in hypothecam, aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, percipienti omnino non proderit, si semel consensus fiat.* Nur alsdenn soll der Verkauf bestehen, wenn die Frau nach zwey Jahren ihre einmal gegebene Einwilligung wiederholet hat; denn so heißt es: *sed sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat biennii tempore existente, et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum: et tunc ratum esse quod factum est.* Jedoch wird bald darauf im §. 3. die Einschränkung zugefügt, wenn nämlich die Frau wegen des Gegenvermächtnisses andre Sicherheit haben sollte. *Veruntamen neque hoc simpliciter damus: sed tunc mulierem ex secundo consensu damno submittimus, dum sunt aliae res, ex quibus possibile est ei satis fieri pro re vel rebus immobilibus quae in antenuptiali donatione continentur, et quae ab alio detinentur, propter alienationis aut suppositionis modum: alioquin si nihil aliud superfit, neque sic laesionem sustinere mulierem permittimus: sed licet secundo vel frequenter consentiat, causa ad intercessionis feratur rationem, et sit omnino ei lucrum sub cautione positum,*

nisi

nisi apparuerit relictum aliud sufficiens ad antenuptialis largitatis quantitatem.

§. 5. So deutlich es ist, daß diese Novelle nur blos von dem Gegenvermächtnis rede; und so gewis es ist, daß man von Gegenvermächtnissen nicht auf Brautschatz-Güter schliessen könne, weil beide von einander ganz verschieden sind: so hat man dennoch dasjenige, was Justinian in gedachter Novelle verordnet, aus der Ursach, auf die Brautschatz-Güter mitziehen wollen, weil es am Ende des §. 3. gedachter Novelle so heißt: *et multo potius haec in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur, iam enim haec sufficienter delimata atque sancita sunt.*

§. 6. Allein, daß wir diese Worte nur blos auf diejenige Verordnung ziehen können, in welcher die Veräuserung des Gegenvermächtnisses verboten, nicht aber auf diejenige, da solche in dem Fall, wenn die Frau nach zwey Jahren darin williget, gültig ist, lehren die Worte: *iam enim haec sufficienter delimata atque sancita sunt.* Denn wollten wir dies von dem leztern Fall mit verstehen, so würde solches offenbar dem §. 4. jener Novelle widerstreiten, wo Justinian ausdrücklich sagt: daß alle diejenige Vorrechte, die in den Gesetzen dem Brautschatz gegeben worden, unverlezt bleiben sollten; *omnibus*, heißt es, *privilegiis iam doti datis in sua firmitate manentibus.*

Da

Da nun in den obigen von uns angeführten Gesetzen (Not. a) jede Veräuserung des Brautschatzes schlechterdings, und ohne auf den Umstand zu sehen, ob die Frau ein oder mehrmal darin gewilliget habe, verboten wird: auch in keinem andern Gesetze eine Ausnahme in dem angeführten Fall gemacht wird: so geht man auch immer sicherer, wenn man blos bey jenen Gesetzen bleibt, und keine andre Ausnahmen von denselben zuläßt, als die in den Gesetzen selbst enthalten sind.

§. 7. Was nun noch die *L. 22. C. ad SCtum Velleian* anbetrift: so sagt dies Gesetz zwar, daß eine von einer Frauensperson übernommene Interceßion gültig seyn sollte, wenn sie nach zwey Jahren dieselbe wiederholet hätte. *Sin autem post biennium hoc fecerit, sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat evitare non fecit, sed ultro firmavit.* — Aber dies Gesetz redet blos von Interceßionen. Der Grund, warum solche nicht gelten, beruhet blos in der weiblichen Unvorsichtigkeit, welche alsdenn wegfällt, auch nicht vermuthet werden kann, wenn sie nachher durch ihre wiederholte Einwilligung die Interceßion genehmiget. Hier aber liegt der Grund in der Furcht der Frauenspersonen vor ihren Männern, die keineswegen dadurch aufgehoben wird, wenn gleich die Frau nach zwey Jahren in dem Verkauf des Brautschatz-Guts willigen sollte. Zudem geht das Argument, welches man von der Interceßion hernimmt, nur blos auf den

Fall,

Fall, wenn eine Frauensperson sich für einen Fremden verbürget; bey der Intercesion für ihren Ehemann, ist aber die Ratihabition nach zwey Jahren von keiner Wirkung.

Zweyhundert und zweyte Meditation.

Die Verordnung der *L. ult. ff. de rei vindic.* findet heut zu Tage noch statt.

§. 1.

Titius hatte wider den **Mevius** die Eigenthums-Klage (rei vindicatio) angestellet. Lezter wollte sich auf die Klage gar nicht einlassen, weil er seinem Vorgeben nach, die von dem Kläger geforderte Sache, gar nicht im Besitz habe, er sezte also demselben die Einrede der nicht zustehenden Klage entgegen. Der Kläger suchte zwar durch verschiedne Gründe zu erweisen, daß Beklagter wirklich die von ihm zu vindicirende Sache besitze, und so jene Einrede zu elidiren. Allein der Beklagte blieb bey seinem Läugnen, daher denn dem Kläger der Beweis, daß **Mevius** der Besitzer der Sache sey, auferlegt wurde. — Diesem Beweis übernahm Titius, und vollführte denselben auch völlig. Es entstand daher die Frage: ob der Beklagte nach Anleitung der

L. ult. ff. de rei vindic. anzuhalten sey, dem Kläger die vindicirte Sache herauszugeben?

§. 2. Jenes Gesetz verordnet nämlich, daß, wenn jemand den Besitz einer Sache ableugnet, und er nachher überführet werden kann, daß er die Sache besitze, zur Strafe seines Leugnens gehalten seyn solle, den Besitz dem Kläger einzuräumen, auch alsdenn, wenn dieser gleich sein Eigenthum nicht erwiesen habe. Das Gesetz selbst lautet so: *in rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.*

§. 3. Alle diejenigen Erfordernisse, unter welchen dieses Gesetz seine Anwendung findet, waren im gegenwärtigen Fall da. Nur kam es darauf an, ob diese Verordnung auch von uns angenommen sey, folglich darnach gesprochen werden könne. Es giebt zwar Rechtsgelehrte z), die dies in Zweifel ziehen wollen, aber gewis ohne Grund. Jenes Gesetz enthält nichts unbilliges, sondern ist vielmehr in allem Betracht heilsam und nützlich. Es ist unserer Staatsverfassung nicht zuwider, und da wir in dem Fall immer so lange für den Gebrauch des römischen Rechts vermuthen

z) *Regner ab Oosterga* observ. ad L. ult. de rei vind. *Grönwegen* ad L. 76. ff. de rei vind. n. 1.

then müssen, bis das Gegentheil erwiesen; so kann man auch wol nicht behaupten, daß dieses Gesetz bey uns keine Anwendung finde, besonders da verschiedne Rechtsgelehrte a) bezeugen, daß nach demselben gesprochen sey.

§. 4. Es wurde daher auch in dem obigen Fall dem Beklagten aufgegeben, dem Kläger die von demselben vindicirte Sache herauszugeben. Aber hier entstand wieder ein neuer Streit. Der Beklagte schrieb sich nämlich ein Eigenthum auf jener Sache selbst zu. Wer sollte hier nun den Beweis des Eigenthums führen, der Kläger oder der Beklagte? oder erhielt der Kläger nicht zugleich mit dem Besitz das Eigenthum, und war daher ein fernerer Beweis nicht überflüßig? Dies leztere kann man wohl nicht behaupten, weil der Kläger nichts weiter als den Besitz erlangt, und zugleich den Vortheil dabey erhält, den so schweren Beweis seines Eigenthums nicht führen zu dürfen. Dieser Beweis liegt also jezt dem Beklagten ob, und dies ist die Strafe, die er sich durch sein Läugnen zugezogen hat b).

a) *Struv* ex. 11. §. 14. *Stryk* U. M. Tit. de rei vind. §. 6. *Boehmer* introd. in ius dig. eod. tit. §. 8. *Wernher* part. 1. obs. 150. et Tom. 3. p. 3. obs. 64. *Hommel* Rhaps. obs. 184.

b) *Nov.* 18. *cap.* 10. Si quis enim conventus fuerit res habere alterius, ille vero dicat res non esse illius de quo dicit actor, et cogatur qui actio-

Zweyhundert und dritte Meditation.

Durch die Erbpacht erlangt man kein Eigenthum auf die in Erbpacht habende Sache.

§. 1.

Erbpacht ist derjenige Kontrakt, wodurch einem der Gebrauch einer Sache, gegen einen jährlich zu bezahlenden gewissen und gleichförmi-

actionem infert, aut documentis, aut testibus, aut aliis uti laboribus, ut ostendat res illius esse: postea vero is qui semper abnegaverat illius hoc non fuisse, uti voluerit illius iure, et dicere quia ex hypotheca aut aliis causis in illam personam relatis, propinquior est, quam ille qui causam movet: aliæ quidem sententiæ vacent quæ prioribus nostris placuerunt: mediocris autem quædam et clemens et ipsi causæ conveniens pœna abnegantibus inferatur, pro abnegatione namque circa hoc, et actoris laboribus dum adhuc causa dicitur, ad actorem transferatur rerum, de quibus quæstio facta, possessio; licentiam habente eo qui hanc reddet, si qua iura habeat ex illa persona de qua prius negationem passus est, competentia sibi hæc proponere, et legum iustitiam promereri, pœna in sola translatione possessionis constituta. — *Brunnemann* ad L. ult. ff. de rei vindic. n. 7. *Gundling* de rei vindicatione ex iure romano et patrio cap. 1. §. 19.

förmigen Zins, für sich und seine Erben überlassen wird, doch so, daß das Eigenthum der im Erbpacht gegebene Sache, bey dem Erbverpächter bleibt.

Die Erbpacht unterscheidet sich in vielen Stücken von dem Erbzinsrecht. Denn so hat der Erbzinsmann ein nutzbares Eigenthum auf das Erbzinsgut; er bezahlet jährlich nur einen gewissen Kanon zur Anerkennung des Obereigenthums; er muß in dem Fall, wenn ein neuer Erbzinsherr das Erbzinsgut erhält, das gewöhnliche Laudemium bezahlen. Und so treten noch mehrere Unterschiede bey beiden Kontrakten ein c), die wir hier aber nicht alle anführen können.

§. 2. Wir haben schon bey der Erklärung, die wir von der Erbpacht gegeben haben, bemerket, daß das Eigenthum auf die Sache selbst der Erbverpächter behalte d). Diese unsere Behauptung stimmet mit dem Endzweck und Absicht beider Theile, sowol des Erbverpächters als Erbpächters, völlig überein. Denn niemand wird wohl behaupten können, daß es bey diesem Kontrakt der Wille und die Meinung des Erbverpächters gewesen sey, das Eigenthum auf die

c) *Stryk* U. M. Tit. loc. cond. §. 51.

d) *Struv* ex. 24. §. 18. *Sande* decis. Frisicæ lib. 3. tit. 6. def. 10. n. 8. *Wege* de locat. cond. cap. 12. n. 109. *Stryk* l. c. §. 61. *Ludewig* ius client. Sect. 3. cap. 4. §. 8.

Sache selbst fahren zu lassen, und solches dem Erbpächter zu übertragen. Eben so wenig auch kann man dies wohl von dem Erbpächter behaupten, dessen Absicht nur blos diese ist, die Nutzungen der Sache, gegen den jährlich zu erlegenden Zins, zu ziehen.

Sollen wir nun bey einem jeden Kontrakt auf den Endzweck und Absicht der Kontrahenten sehen e) liegt hier aber blos der Endzweck, die Sache zu vermiethen, nicht aber zu veräusern, zum Grunde: so können wir auch, ohne dagegen anzustossen, dem Erbpächter kein Eigenthum zuschreiben.

§. 3. Aber selbst die Gesetze reden zu klar für unsre Meinung, sie sagen ausdrücklich, daß durch keine Pacht das Eigenthum verändert werde f). Diese Gesetze können wir nicht blos von einer solchen Pacht verstehen, die auf eine gewisse und bestimmte Zeit eingegangen ist. Denn so reden jene Gesetze ganz allgemein, und ohne Unterschied, sie würden auch in der That überflüßig und unnütz seyn, wenn man sie blos auf eine

e) *L. 8. pr. ff. mand. in fin.* — Unius cuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

f) *L. 39. ff. loc. cond.* Non solet locutio dominium mutare. *L. 80. §. ff. de contr. emt.* Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

eine, auf eine gewisse Zeit eingegangne Pacht einschränken wollte, weil es sich wohl noch keiner hat einfallen lassen, dem Pächter ein Eigenthum auf der in Miethe habenden Sache beizulegen.

§. 4. So giebt es endlich in den Gesetzen selbst Beispiele genug, wo von der Erbpacht geredet, und dabey gesagt wird, daß der Erbpächter durch dieselbe kein Eigenthum erlange. Wir wollen diese Gesetze selbst anführen. So verordnet die *L.* 1. §. 1. *ff. si ager vectig. id est emphyteutic.* folgendes: *qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*

Dies Gesetz sagt deutlich, daß derjenige, wer auf beständig eine Sache gepachtet habe, dadurch nicht Herr derselben werde. Die Zweifel, die man von der Gegenseite bei diesem Gesetz macht, werden wir schicklicher unten anführen und beantworten.

§. 5. Eben dies zeigt die *L.* 10. *C. loc. cond.* nicht undeutlich an: *viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans: cum sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporalis intra tempora locationis heredi*

quoque onus contractus incumbat. Wir sehen hieraus, daß in diesem Gesetz kein Unterschied unter der Erbpacht, und unter einer auf gewisse Jahre eingegangnen Pacht gemacht werde. Ferner wäre es überflüßig gewesen, den Zweifel: ob eine Erbpacht auch auf Erben gehe, zu beantworten, da sich das von selbst verstanden hätte, wenn durch die Erbpacht das Eigenthum erlangt würde.

§. 6. Da wir unsre Meinung, wie wir glauben, hinlänglich werden bewiesen haben: so wollen wir nunmehr die Gründe, die sich die Gegner g) zur Vertheidigung ihrer Meinung zu bedienen pflegen, kennen lernen.

Wenn in der *L. 20. C. loc. cond.* verordnet ist: *qui rem propriam conduxit existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit:* so zieht man daraus diese Folge; wenn also jemand nicht seine eigne, sondern eine fremde Sache miethet, so wird dadurch das Eigenthum übertragen. — Aber die Schwäche dieses a contrario sensu hergenommenen Arguments ist bald einzusehen. Denn fürs erste beweiset ein a contrario sensu hergenommener Schluß nichts, sobald andre Gesetze

g) *Bachov* ad Treutler disp. 29. §. 4. *Garsias* de expensis cap. 14. n. 1. *Carpzov* lib. 5. tit. 3. resp. 17. n. 10. *Donellus* com. iur. civ. lib. 9. cap. 13. in fin. *Stephani* de iurisdictione lib. 3. part. 1. n. 12. *Brunnemann* ad L. 19. C. loc.

setze demselben entgegenstehen. Das dies aber hier der Fall sey, ist aus obigen klar. Fürs andre wird nicht in dem in jenem Gesetz angeführten Fall, das Eigenthum aus dem Grund übertragen, weil die Pachtung einer eignen Sache nicht gilt: sondern vielmehr deswegen, weil dadurch, daß jemand seine eigne Sache gepachtet hat, die Absicht nicht gehabt haben kann, das Eigenthum derselben auf den Verpächter zu bringen.

§. 7. Auf gleiche Weise entscheidet auch die *L.* 1. §. 3. *ff. de superf.* nichts zu gegenseitigen Vortheil. Es heißt daselbst: *Quod ait Prætor, si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est: ut si quis ad tempus superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.* Weil hier, so wie auch in der für unsre Meinung angeführten *L.* 1. §. 1. *ff. si ager vectig. etc.* gesagt wird, daß demjenigen, der auf eine lange Zeit eine Sache gepachtet, eine dingliche Klage desfals zustehe, so glaubt man auch, daß er um deswegen das Eigenthum auf die Sache selbst haben müsse.

Allein, daß hier sowohl, wie in der *L. 1.* §. 1. *ff. si ager vectig.* nicht von der actio directa, sondern von der utilis die Rede sey, ist sowol aus der angeführten *L. 1.* §. 4. *ff. de superf.*, als auch aus dem §. 1. desselben Gesetzes

 klar.

klar. Denn so heißt es: *is autem in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo.* Da nun die actiones utiles nicht aus dem nutzbaren Eigenthum, sondern aus dem Recht, was einer auf einer fremden Sache hat, herrühren; so kann man auch nicht behaupten, daß, wer eine actio in rem utilis habe, auch Herr der Sache seyn müsse h).

§. 8. Der Grund, den man endlich aus der *L. 31. ff. loc. cond.* hernimt, bedarf keiner Widerlegung, weil aus dem Gesetz klar ist, daß daselbst von einer solchen Vermiethung die Rede sey, wo die Kontrahenten mit einander eins geworden, daß nicht eben dieselbe in Miethe gegebne, sondern eine andre Sache von eben der Art wie die erstere, wieder erstattet werde.

Indessen können wir nicht unangeführt lassen, daß es, wie auch Stryk i) bemerkt, rathsam sey, dem Erbpacht-Kontrakt die Bedingung beizufügen, daß derselbe alle neun Jahr renoviret werden solle. Hiedurch wird wenigstens den Streitigkeiten, die sonst darüber entstehen können, vorgebeugt.

Zwey=

h) §. 4. J. de act.

i) Caut. cont. §. 2. cap. 9. §. 6.

Zweyhundert und vierte Meditation.

Wegen einer begangnen Blutschande kann der Vasall seines Lehns nicht für verlustig erkannt werden.

§. 1.

Ein Lehnsherr wollte um deswegen das Lehn einziehen, weil sein Vasall mit seiner Stieftochter sich fleischlich vermischt, folglich eine Blutschande begangen hatte. Das Verbrechen selbst war unleugbar, nur kam es hier auf die Frage an, ob dies eine gegründete Ursach sey, dem Vasallen das Lehn zu entziehen? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht gleicher Meinung; viele k), besonders aber ältere, halten dafür, daß wegen einer Blutschande der Vasall seines Lehns beraubt werden könnte. Andre l) aber, und besonders neuere Rechtsgelehrte, läugnen solches.

§. 2.

k) *Rosenthal* Synt. iur. feud. cap. 10. concl. 37. *Schrader* de feudis part. 9. cap. 3. *Struv* synt. iur. feud. cap. 15. §. 10. n. 3. *Antonii* disp. feudal. disp. 11. §. 7. lit. e.

l) *Horn* iurispr. feud. cap. 23. §. 17. *Beyer* delin. iuris feud. cap. 9. pos. 34. not. m. *Wernher* part. 1. obs. 4.

§. 2. Welche Meinung von diesen beiden zu befolgen sey, werden wir daraus beurtheilen können, wenn wir die Gründe von beiden Seiten gegen einander halten, und mit einander vergleichen.

Daß überhaupt in dem Lehnrecht kein Gesetz anzutreffen sey, welches die Blutschande zu den Ursachen, weswegen man sich eines Lehns verlustig macht, rechnet, gestehen selbst die von unsrer Meinung abweichende Rechtsgelehrte. Dies Stilleschweigen der Gesetze, giebt gewiß schon einen wichtigen Grund ab, woraus man schliessen kann, daß die Gesetze keinesweges die Blutschande für ein solches Verbrechen wollen gehalten wissen, worauf auser der darauf gesetzten peinlichen Strafe, auch noch der Verlust des Lehns stehen soll.

§. 3. Der Verlust des Lehns ist überhaupt, wie jeder zugeben wird, eine Strafe. Neue Strafgesetze aber, ohne die geringste gesetzliche Verordnung für sich zu haben, zu erfinden, ist unerlaubt und widerrechtlich. Unerlaubt, weil es sonst in der Willkühr des Richters beruhte, neue Strafe zu ersinnen. Widerrechtlich, weil die Gesetze überhaupt keine Ausdehnung der Strafgesetze verstatten, sondern ausdrücklich befehlen, solche einzuschränken m). Beson-

m) *L.* 42. *ff. de poen.* Interpretatione legum poenæ molliendæ sunt potius quam asperandæ. *Conf.* L. 155. ff. §. 2. de poen. Cap. 15. de reg. iur. in 6.

Besonders aber findet diese Regel hier um so mehr statt, da der Blutschänder wegen seines Verbrechens durch andre Gesetze bestraft wird, und also keine doppelte Strafe leiden kann. Und so muß man auch, da nach der jetzigen Lehnsverfassung die Lehne selten ohne Entgeld ertheilet werden, mehr auf die Erhaltung der Rechte des Vasallen Rücksicht nehmen.

§. 4. Das sind die Gründe, die uns bewogen haben so zu urtheilen. Wir wollen aber auch, um desto mehr die Richtigkeit unsrer Meinung festzusetzen, die gegenseitigen Gründe kennen lernen.

Man setzet uns also erstlich die Nov. 12. Kap. 1. entgegen, worin auf die Blutschande die Strafe der Konfiskation der Güter gesetzt ist.

Allein folgt denn daraus, daß um deswegen auf dieses Verbrechen auch der Verlust des Lehns stehe; lassen sich denn beide Strafen nicht ohne einander gedenken; und wo ist es endlich verordnet, daß der Verlust des Lehns eine Folge der Konfiskation der Güter sey; Dies muß man erst beweisen, ehe man aus jenem Gesetz was schliessen will.

§. 5. Eben diese Antwort findet auch auf das zweyte gegenseitige Argument, welches man aus 2. *feud.* 56. hernimt, statt. Dieser Tittel enthält unter andern auch dieses, daß desjenigen

Güter,

Güter, der eine Blutschande begangen, konfisciret werden sollte.

Allein da wird blos von der Konfiskation der Allodial-Güter geredet, welches schon daraus ersichtlich ist, weil solche dem Fiskus zugeschrieben werden. Lehngüter aber, wenn sie eingezogen werden, fallen bekannten Rechten nach nicht dem Fiskus zu.

§. 6. Endlich bezieht man sich auf 2. *feud.* 24. woraus man beweisen will, daß die Ursachen, weswegen einer des Lehns verlustig werden kann, dem Gutbefinden des Richters überlassen wären. — Aber dies ist nicht so schlechterdings geschehen, auch nicht so zu verstehen, als wenn jede Ursache, wenn solche nur dem Richter hinlänglich scheine, dazu hinreichend sey, da, wie es in diesem Tittel heißt, nicht jede Ursach, die dem guten Namen des Vasallen schadet, dem Vasallen des Lehns verlustig machen kann. Ja, da selbst nicht ein jeder von dem Vasallen begangner Todschlag ihm des Lehns unwürdig machen kann n), wie viel weniger denn eine begangne Blutschande, die doch ein geringer Verbrechen als der Todschlag ist.

Zwey-

n) 2. feud. 37.

Zweyhundert und fünfte Meditation.

Die Eideszuschiebung findet auch bey den Injurien statt, wo auf einen Widerruf geklagt wird.

§. 1.

Titius war von dem **Mevius** auf das gröbste injuriiret worden; ersterer klagte daher gegen den **Mevius**, und verlangte, daß der Injuriant vor öffentlichen Gericht einen Widerruf wegen der, gegen ihn ausgestossenen Injurien thun solle. Daß hier die auf einen Widerruf gehende Injurien-Klage nicht statt finden sollte, daran war gar nicht zu zweifeln. Nur wurde darüber gestritten, ob Titius dem **Mevius**, welcher die Injurie schlechterdings abläugnete, desfals einen Eid zuschieben könne.

§. 2. Daß hier keine Eideszuschiebung statt finde, behauptete der Injuriant, und wollte sich daher auch nicht auf den ihm zugeschobnen Eid einlassen. Zum Beweis dieser seiner Behauptung führete er an, daß überhaupt in peinlichen Sachen keine Eideszuschiebung zuläßig sey, sondern andere deutliche Beweismittel erfordert würden. Sodann sey es auch unbillig, daß es einem

einem jeden freystehen solle, in Sachen, wo wenigstens der gute Name Schaden leiden könne, zu dem Eid seine Zuflucht zu nehmen. Und so verwürfen endlich auch die bewährtesten Rechtsgelehrten o) in Injurien-Sachen, wo auf den Widerruf geklagt werde, die Eideszuschiebung.

§. 3. Aber diesem allen ohnerachtet, wurde **Mevius** schuldig erkannt sich auf den Eid einzulassen. Denn so ist es bekannt, daß in jeden Sachen, wo nicht peinlich geklagt wird, sondern wobey nur blos allein das Privat-Interesse des Klägers zum Grunde liegt, alle und jede Beweismittel, und folglich auch der Eid, zuläßig sind. Daß aber die auf einen Widerruf gehende Klage, nicht zu den peinlichen Klagen gehöre p), ist wol nicht zu läugnen, da gar keine peinliche Bestrafung dabey zum Grunde liegt. Und gesetzt auch, man wollte jene Klage zu den peinlichen mitrechnen, so würde dennoch aus dem Grund der Eid statt finden müssen, weil dieselbe nicht auf eine körperliche Strafe geht. Dieser Meinung sind auch die neuern Rechtsgelehrten q) zugethan.

§. 4.

o) *Cothmann* vol. 2. conf. 82. n. 98. *Coler* decis. germ. dec. 141. n. 7. *Carpzov* part. 1. const. 22. def. 2. *Idem* in resp. lib. 3. resp. 44. n. 25. *Idem* pr. rer. crim. part. 2. qu. 95. n. 67.

p) *Meister* princ. iur. crim. Tit. de iniur. §. 9.

q) *Stryk* U. M. Tit. de iure iur. §. 29. *Cocceii* J. C. eod. tit. qu. 35. *Wernher* part. 1. obs. 293.

§. 4. Hiedurch sind auch zugleich die gegenseitigen Einwürfe mit beantwortet, so, daß wir nicht nöthig haben solche besonders zu widerlegen. Glaubt jemand, daß ihm nur aus Bosheit der Eid zugeschoben werde, so kann er ja immer auf die Ablegung des Eides für die Gefährde bestehen, und so sich hinlänglich sichern, daß der andre ihm nicht aus böslicher Absicht den Eid zuschiebe.

Zweyhundert und sechste Meditation.

Frauenspersonen können in einem Frey-Lehn (feudum francum) nicht succediren.

§. 1.

Frey-Lehn (feudum francum) gehöret zu den uneigentlichen Lehnen, und ist dasjenige Lehn, welches dem Vasallen frey von allem Diensten gegeben ist.

Ob nun in einem solchen Lehn, nach Ausgang des Mann-Stamms, Frauenspersonen succe-

succediren, darüber sind die Rechtsgelehrten r) nicht einig. Wir treten der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten bey, die die Frauenspersonen von der Succeßion in einem solchen Lehn ausschliessen.

§. 2. Sehen wir hier auf die allgemeine Regel des Lehnrechts, nach welcher überhaupt Frauenspersonen im Lehn nicht succediren können s); so können wir auch so lange bey dieser Regel

r) Es behaupten solches *Clarus* recept. sent. §. feudum qu. 73. n. 7. *Hartm. Pistor.* quaest. iur. lib. 2. qu. 34. n. 29 seq. *Carpzov* part. 3. const. 28. def. 12. *Struv* synt. iur. feud. cap. 9. §. 8. n. 2. *Stryk* de success. ab intest. diss. 1. cap. 3. §. 7. *Horn* iurispr. feud. c. 26. §. 26.

Hingegen verneinen es *Rosenthal* de feud. cap. 7. concl. 34. n. 10. *Schrader* de feudis part. 7. cap. 4. n. 11. *Schilter* de natur. succ. feudal. cap. 2. §. 20. *Wernher* part. 4. obs. 114.

s) 1. *feud.* 1. §. 3. Hoc autem notandum est, quod licet filiæ ut masculi, patribus succedant; legibus tamen a successione feudi removentur, similiter et earum filii, nisi specialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat. 1. *feud.* 8. §. 2. Filia vero non succedit in feudo, nisi fuerit investitura facta in patre, *ut filii et filiae succedant in feudum;* (tunc enim succedit filia filiis non extantibus,) vel nisi investitæ fuerint. Hæc de hoc feudo paterno. In alio vero feudo, quod habuit initium tantum a fratribus, non succedit unus alteri, sive una investitura, sive duabus: nisi hoc fuerit dictum expressim, ut alter alteri succedat.

Regel bleiben, bis eine Ausnahme davon in den Gesetzen gemacht worden. Aber diese Ausnahme ist in Ansehung des Frey-Lehns nirgend gemacht. Denn ob zwar bey einem solchen Lehn gar keine Dienste geleistet werden, so folgt doch daraus noch nicht, daß um deswegen in Ansehung der Succeßion auch ein anders hier statt finde.

Denn fürs erste ist die Leistung der Dienste nicht blos die einzige Ursach, warum Frauenspersonen nicht in Lehne succediren können. Fürs andre müssen uneigentliche Lehne (feuda impropria) einschränkend erkläret werden, und da, wo sie nicht ausdrücklich von der Natur und Eigenschaft der eigentlichen Lehne abweichen, darf man auch nicht ein anders behaupten t).

§. 3. Ueberhaupt treffen wir in dem Lehnrecht nur zwey Ausnahmen an, in welchen den

t) 2. *feud.* 48. Si quis ea lege alicui feudum dederit, *ut ipse et sui heredes, et cui ipse dederit habeant:* respondeo, iste, qui sic accepit, poterit id vendere, aut donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini, alienare, et ille etiam cui datum fuerit, non habebit ipsum pro feudo nisi sicut ei datum est. Sed qualitercunque ei datum fuerit, *sive ad proprium, sive ad libellum:* licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur, ut ex causis ipsum amittat, quibus et verum feudum. Ubi ergo sic datum est feudum, *et cui in feudum dederis,* aliud est, et propriam feudi naturam habet.

Frauenspersonen die Succeßion in den Lehnen zugestanden wird, nämlich diese: wenn das Lehn unter der Bedingung gegeben ist, daß Frauenspersonen darin succediren sollen u): oder wenn es ein Frauenslehn ist, das ist, wenn eine Frauensperson solches zuerst erworben hat x).

Sollte nun das Frey-Lehn unter den Ausnahmen mitbegriffen seyn, so würde gewis diese in den Gesetzen anzutreffen seyn. Allein, die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten, führen zum Beweis derselben Gründe an, die wir noch müssen kennen lernen.

§. 4. Man berufet sich auf 2. *feud.* 104. wo es so heißt: *si cui militi ad certum servitium feudum datum fuerit, isque relicta a se descendente foemina, decesserit, quae id servitium iuxta feudi conditionem non minus decenter praestare possit quam masculus, et si in investitura minime cautum sit, ut et foeminae ad id adspirare valeant, eam tamen admitti recte putamus, quinimo hoc casu, simul cum masculo in feudo eam succedere quidam putant, quod multo magis dignum observantia existimamus, cum feudum sic datum est, ut nullum pro eo servitium fiat, ut pleraque hodie feuda dantur.*

Hier

u) S. die in der Not. s. angeführte Stellen.

x) 2. *feud.* 50. *pr.* Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio, inferius vero filius patri succedit, et non filia, *nisi ex pacto, vel nisi sit foemineum.*

Hier wird allerdings den Frauenspersonen die Succeßion in dem Lehn auf den Fall gegeben, wenn solches ein Frey-Lehn ist.

Wir würden der Entscheidung, die wir in jenen Kapitel antreffen, beytreten, wenn wir nicht aus andern Gründen bewogen würden, davon abzuweichen. — Jenes Kapitel gehöret nämlich zu den sogenannten capitulis extraordinariis, die bekanntlich, in so fern sie von dem Lehnrecht abweichen, nicht die Kraft eines Gesetzes haben. Und daß dieses hier der Fall sey, ist oben gezeigt.

§. 5. Ferner sagt man: da bey einem Frey-Lehn, der Grund, warum Frauenspersonen in dem Lehn nicht succediren können, wegfällt; so folgt auch, daß sie bey dergleichen Lehnen allerdings zur Succeßion zugelassen werden müssen. — Wenn wir gleich zugeben, daß die Leistung der Dienste ein Grund mit sey, weswegen Frauenspersonen von der Succeßion in Lehngütern ausgeschlossen sind; so folgt doch noch nicht daraus, daß, wenn dieser Grund ceßiret, die ganze gesetzliche Verordnung ceßiren müsse. Vielmehr muß man immer so viel möglich, bey der in Lehnrecht festgesetzten Succeßions-Ordnung bleiben, und nicht anders davon abgehen, als wenn die Gesetze selbst eine Ausnahme davon gemacht haben.

Zweyhundert und siebente Meditation.

Eine Hypothek, worin der Gutsherr nur auf eine gewisse Zeit gewilliget, erlischt mit Ablauf der Zeit, wenn gleich die clausula cassatoria der Bestätigung derselben nicht beygefügt ist.

§. 1.

Titius hatte dem **Mevius** ein Kapital von 200 Rthlr. vorgestrecket. Zur Sicherheit dieser Forderung wurden ihm, mit Bewilligung des Gutsherrn, einige Grundstücke zur Hypothek gesetzt, auch die darüber errichtete Pfandverschreibung von demselben gerichtlich bestätiget. Doch war die Einwilligung, wie auch die Bestätigung des Gutsherren nur auf 6 Jahr ertheilet. Nach Ablauf dieser Zeit, klagte **Titius** wider den **Mevius** auf die Bezahlung des Kapitals. Weil aber sich mehrere Gläubiger meldeten, entstand über des **Mevius** Vermögen ein Konkurs. In den in dieser Konkurs-Sache abgefaßten Klaßifikations-Urtel, war der **Titius** mit seiner Foderung unter die chirographarischen Gläubiger gesezt, weshalb er jenes **Ur**tel als nichtig anfocht.

§. 2. Aus der von dem Titius beigebrachten Pfandverschreibung, war ersichtlich, daß der Gutsherr zwar in die Aufnahme des Kapitals gewilliget hatte, auch war die gerichtliche Bestätigung zu dieser Einwilligung noch hinzugekommen, aber beyde waren nur auf 6 Jahr ertheilt. Titius wollte aber dennoch behaupten, daß demohnerachtet die Hypothek bestehe, und keineswegs erloschen sey. Dies suchte er durch folgende Gründe zu beweisen: einmal sey zwar die Hypothek nur auf eine gewisse Zeit gegeben, allein da derselben die clausula cassatoria nicht angehänget worden, so könne die Hypothek auch nicht durch den blossen Ablauf der Zeit erlöschen. Fürs zweyte sey die Zeit keine Art eine Verbindlichkeit aufzuheben oder zu verändern w), sondern jede Verbindlichkeit daure mit Ablauf der Zeit noch immer fort.

§. 3. Aber jene Gründe sind nicht so beschaffen, daß daraus eine andre Entscheidung genommen werden konnte. Denn so ist aus den Gesetzen bekannt, daß ein Pfand mit Ablauf der Zeit,

w) *L.* 44. §. 1 *ff. de oblig. et act.* Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. *L.* 55 *ff. de leg.* 1. Nemo in testamento suo cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore, nec loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.

Zeit, auf welche es gegeben ist, erlösche x), und daß demjenigen, dem nur auf eine gewisse Zeit ein Recht zustehe, die exceptio doli entgegengesezt werden könne, wenn er sich nach Ablauf der Zeit jenes Rechts bedienen will y). Diese allgemeine und unstreitige rechtliche Grundsäze stehen hier dem Titius völlig entgegen, und widerlegen zugleich, die von seiner Seit zur Behauptung seiner Meinung vorgebrachte Gründe.

§. 4. Jede Einwilligung, die jemand zu einer gewissen Handlung ertheilet, kann keine grössere und längere Wirkung haben, als der Einwilligende gewollt hat. Hier war die Einwilli-

x) *L. 6. pr. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum est pignus, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est. *L. 13. §. 11 ff. loc. cond.* Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata, sed hoc ita verum est, si non alius pro eo, in priore conductione res obligaverat, huius enim novus consensus erit necessarius.

y) *L. 4 ff. de serv.* Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt, sed tamen, si hæc adiiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti, idque et Sabinum respondisse, Cassius retulit, et sibi placere.

willigung des Gutsherren klar und deutlich, daher war es auch nicht nöthig darauf zu sehen, ob jener Einwilligung und Bestätigung der Hypothek die clausula cassatoria angehänget sey oder nicht. Dies konnte keine Aendrung machen. Eben so wenig wie der zweyte Grund: daß nämlich durch Ablauf der Zeit keine Verbindlichkeit aufgehoben oder verändert werden könne. Denn so ist hier einestheils von keiner Verbindlichkeit, sondern davon die Rede, ob eine Einwilligung, auf eine längere Zeit, als solche ertheilt worden, erstreckt werden könne. Anderntheils ist jene Regel so allgemein genommen nicht richtig, denn sobald die Kontrahenten auf eine gewisse Zeit sich einander verbindlich gemacht haben, so, daß diese Verbindlichkeit nach Ablauf der festgesezten Zeit nicht weiter bestehen soll, so kann man wol nicht behaupten, daß die Verbindlichkeit noch ferner fortdaure.

Es wurde daher in gegenwärtiger Sache die einmal abgefaßte Klaßifikations-Urtel lediglich bestätiget, welcher Entscheidung auch die bewährtesten Rechtsgelehrten beytreten z).

---

z) *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. concl. 18. n. 12. *Berlich* part. 2. concl. 66. n. 58. *Carpzov* part. 2. const. 23. def. 24. *Leyser* sp. 234. n. 1. *Wernher* part. 8. obs. 270.

Zweyhundert und achte Meditation.

Die Strafe des Stuprators kann nicht erhöhet werden, wenn die Geschwächte das Kind umgebracht hat.

§. 1.

Es will Brunnemann in seinem peinlichen Prozes a) behaupten, daß der Kindermord immer eine Ursache sey, die Strafe auch in Absicht des Stuprators zu erhöhen, auch in dem Fall, wenn derselbe gleich nichts um den Kindermord gewußt hat. Der Grund dieser Meinung setzt er darin, er sagt nämlich: jedes Verbrechen wird nach seinen Folgen entweder härter oder gelinder bestraft; nun ist nicht zu längnen, daß der Stuprator die erste Ursach des Kindermordes sey, denn er konnte es voraussehen, daß das aus dem unerlaubten Beischlaf erzeugte Kind, von der Geschwächten umgebracht werden konnte.

§. 2. Aber dieser Grund erweiset die gegenseitige Meinung gar nicht, und hat daher auch

a) Cap. 9. n. 71.

auch bey andern Rechtsgelehrten b) keinen Beifall gefunden. Denn wenn es gleich wahr ist, daß ein Verbrechen nach den Folgen die daraus entstehen, oft härter, zuweilen gelinder bestraft werde: so findet doch diese Regel nur denn statt, wenn das Verbrechen selbst wegen der Folgen, die aus demselben entspringen, verbothen ist, in dem Fall werden diese auch dem Verbrecher angerechnet. Wer kann aber wol behaupten, daß die Hurerey des Kindermordes wegen verbothen sey.

§. 3. Ist denn aber nicht der Stuprator die Beweg-Ursach des Kindermordes gewesen, und verdient er deswegen nicht stärkere Strafe? Keineswegs, nur mit der Voraussezung, daß der Stuprator nichts um den Mord gewust hat. Der Stuprator ist nicht die Beweg-Ursach des Kindermords, sondern die Hurerey hat nur Gelegenheit dazu gegeben. So wenig man aber demjenigen, der einen andern ein Gewehr geliehen, bestrafen kann, wenn dieser mit dem Gewehr jemand erschossen hat, eben so wenig kann man auch den Stuprator mit keiner andern als der auf die Hurerey gesezten Strafe belegen. Zudem hat hier der Stuprator den Ausgang nicht voraussehen können, und ist folglich nicht in dolo.

b) *Carpzov* pract. rer. crim. part. 1. qu. 9. n. 28. *Koch* elem. iur. crim. lib. 2. cap. 4. §. 277. *Meister* princ. iur. crim. Sect. 2. part. 2. cap. 22. §. 4.

dolo. Man würde also immer ungerecht und unbillig handeln, wenn man ihn den Mord, um welchen er doch nichts gewust hat, mit zur Last legen wollte.

Zweyhundert und neunte Meditation.

Die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann wird dadurch gültig, wenn sie nach dessen Tode, die Verbindlichkeit daraus zu bezahlen, anerkannt hat.

§. 1.

Eine Ehefrau hatte in einem, für ihren Mann ausgestellten Bürgschein, sich auf folgende Art ihrer weiblichen Rechtswohlthaten begeben. Ich entsage daneben allen wider diese eingelegte Bürgschaft mir nach den Gesetzen zustehenden, und mir wohlverständigten Rechtswohlthaten, insbesondere dem Velleianischen Rathschluß und der *Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Vell.*, nach welchen eine Ehefrau sich nicht auf eine gültige Art, für ihren Ehemann verbürgen kann.

§. 2.

§. 2. Nach dem hierauf einige Jahre erfolgten Tod des Ehemannes, als des eigentlichen Schuldners, verlangte der Gläubiger, weil er aus jenes seinem Vermögen seine Befriedigung nicht erhalten konnte, von der sich verbürgten Ehefrau, seine Bezahlung. Diese erklärte sich in ihrem Schreiben hierüber also: **Meine Schuldigkeit wäre es zwar, nach der für meinen sel. Mann eingelegten Bürgschaft, und da dessen Vermögen zur Berichtigung ihrer Forderung von 320. Rthlr. nicht hinreichet, diese versprochenermassen nach einer vierteljährigen Loskündigung zu bezahlen: allein da mir jezo die Aufbringung dieses Kapitals ohne meinen Schaden, nicht möglich fällt: so bitte ich, gegen Verzinsung, mir solches noch ein Jahr zu lassen, da ich es alsdenn mit Dank abführen werde.**

§. 3. Diese Frist wurde zwar von dem Gläubiger bewilligt: allein wie er nach deren Ablauf nochmals an die Bezahlung erinnerte, äuserte jene Schuldnerin in ihrem Schreiben den Gedanken: wie sie nach dem ihr von andern Rechtsgelehrten mitgetheilten Rath, zwar nicht nöthig hätte, aus der für ihren sel. Mann eingelegten ungültigen Bürgschaft das geringste zu bezahlen; jedoch um ihren guten Willen zu bezeigen, ihm für das ganze Kapital der 320 Rthlr. überhaupt 150 Rthlr. geben wolle, wenn er dagegen allen Ansprüchen weiter hierauf entsagte.

§. 4.

§. 4. Diese unbillige Erklärung konnte den Gläubiger unmöglich zufrieden stellen, und war es daher nunmehro Zeit, seine Sache dem Ausspruch der Justitz zu überlassen. — Wir wollen also jetzt, die in den verhandelten Acten von beiden Seiten vorgetragenen Gründe kurz zusammenziehen, ohne uns weiter, bey demjenigen, was eigentlich nicht zur Sache gehöret, aufzuhalten.

§. 5. Beklagtin führte in ihren Sätzen hauptsächlich an:

1) sey die für ihren Mann eingelegte Bürgschaft nicht auf eine gültige Art geschehen, indem sie ihren weiblichen Rechtswohlthaten nur schlechthin renunciiret hätte. Dergleichen Begebungen wären aber bekanntlich alsdenn immer ungültig und von keiner Wirkung, wenn sie nicht mit einem Eide bestätiget worden. Sobald daher die aus der Bürgschaft entstehende Hauptverbindlichkeit, keinen gesetzlichen Grund habe, so könne auch die darauf gerichtete Klage nicht ferner bestehen.

§. 6. Zweytens schade ihr auch nichts, wenn sie gleich nachgehends in ihrem Schreiben (§. 2.) die Bezahlung des Kapitals, wofür sie die Bürgschaft eingelegt, versprochen hätte; da sie theils zu der Zeit, wie sie dieses Schreiben abgefaßt, noch in den Gedanken gestanden, als wenn sie aus jener Bürgschaft zu bezahlen verbunden sey, und erst nachgehends

hends erfahren hätte, daß selbige nicht nach den Gesetzen und recipirten Gerichtsgebrauch eingerichtet sey, mithin von ihrer Seite keine Verbindlichkeit producire; theils auch eine wiederholte, einmal ungültige Bürgschaft, der Ehefrau für ihren Mann, und Anerkennung der Schuld, dadurch keine grössere Kraft erhielte, und ohne Wirkung sey c), auch dann nicht, wenn selbst drittens diese Wiederholung nach des Ehemannes Tode geschähe d).

§. 7. Der erste gegenseitige Grund kann aber hier in keine Erwägung mehr kommen, und auf gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden.

Die Verbindlichkeit der Beklagtin ist nicht lediglich auf den für ihren Ehemann eingelegten Bürgschein gegründet, sondern beruhet hauptsächlich auf dem von ihr ausgestellten Schreiben, worin sie die Schuldigkeit das von ihren Ehemann aufgenommene Kapital, wieder zu bezahlen, anerkannt hat. Wenn nun auch gleich eine von einer Ehefrau für ihren Mann eingelegte Bürgschaft, durch eine anderweitige Wiederholung, wie im vorigen §. angeführet ist, keine neue Verbindlichkeit erhält; so ist doch dies nur von

c) — nullatenus valere, sive semel, sive multoties pro eadem re fiat. *Auth. Si qua Mul. ad Sct. Vell. J. H. Boehmer* de efficaci mulierum intercessione Cap. 3. §. 2. n. 6.

d) *Carpzov* P. 2. const. 16. def. 3.

von dem Fall zu verstehen, wenn die Ehefrau bey Lebzeiten des Mannes nochmals die Bürgschaft wiederholet, und die Schuld anerkennet.

§. 8. Eine ganz andere Frage ist es aber, wenn die Wiederholung der Bürgschaft, oder die Anerkennung der Schuld nach dem Tode des Ehemannes geschiehet. In diesem Fall müssen wir nach analogischen Grundsätzen immer annehmen, daß hiedurch eine vorhero von Seiten der Ehefrau nicht ganz gültige Bürgschaft, eine rechtliche Kraft erhalte e). Einentheils fällt hier die Besorgnis weg, daß die Ehefrau, durch Zureden ihres Ehemanns, zu der nochmaligen Verbürgung verleitet sey; anderntheils aber ist eine solche Ehefrau nach ihres Mannes Tode, auch nicht anders als eine jede andere Frauensperson anzusehen, und kann sich nunmehro keines grössern Vorrechts anmassen.

§. 9. Im gegenwärtigen Fall hatte dieses noch weniger Bedenklichkeiten. Einmal hatte diese Bürgin in dem ausgestellten Bürgschein, ihren

e) Enimvero sicuti ratio memoratæ prohibitionis, persuasio scilicet mariti, post mortem ipsius cessat; ita si mortuus sit, et vidua debiti simul cum ipso contracti solutionem denuo promittat, manifestum est, eandem valide obligari. *Wernher* Tom. 1. obs. 262. n. 6. *Cothmann* Vol. 5. cons. 48. n. 5. *Mevius* P. 7. dec. 229. *Stryk* Us. mod. Tit. ad Sct. Velleian. §. 16. *Leyser* sp. 172. med. 8. *Puffendorf* Tom. 3. obs. 74.

ihren weiblichen Rechtswohlthaten, dem Vellejanischen Rathschluß, und der *Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Velleian.* wissentlich renunciiret, mithin fehlte hier nur noch der Eid. Zweytens hatte sie auch nie in Abrede gestellt, daß ihr die Verbindlichkeit, die sie durch Entsetzung dieser ihr sonst nach den Gesetzen zustehenden Wohlthaten, auf sich nähme, hinlänglich erkläret und bekannt gemacht worden; und drittens hatte sie in ihrem eigenhändig abgefaßten Schreiben, nach dem Tode ihres Mannes ohne alle Bedingung die Bezahlung der Schuld versprochen, und nur lediglich um Frist nachgesucht.

§. 10. Bey Voraussetzung dieser Umstände, konnte es ihr also auch nunmehro nicht ferner zum Vortheil gereichen, wenn ihr, ihrem Vorgeben nach, bey Abfassung des erstern Schreibens, unbekannt gewesen, daß die von ihr eingelegte Bürgschaft nicht genau nach allen Formalitäten, abgefaßt gewesen sey. Denn da sie vorher wissentlich ihren weiblichen Rechtswohlthaten sich begeben hatte, auch nicht mal von ihr angeführet war, daß sie von ihrem Mann zu jener Bürgschaft verleitet, vielmehr solche gutwillig von ihr übernommen worden: so fiel auch dieser Einwand völlig weg, und konnte in dem erfolgten Urtel nichts anders, als auf die Bezahlung der durch Bürgschaft übernommnen Schuld, erkannt werden.

Zweyhundert und zehnte Meditation.

Eine Ehefrau hat kein Recht, sich dem Verkauf ihrer, von ihrem Mann verhypothecirten Grundgüter, zu widersetzen, wenn solches mit ihrem Wissen geschehn, und der Gläubiger auch nicht anders gewust hat, als daß diese Güter dem Mann eigenthümlich zustünden.

§. 1.

Ein Schuldner hatte, in der von ihm ausgestellten und gerichtlich confirmirten Schuld und Pfandverschreibung, zur Sicherheit eines aufgenommnen Kapitals von 500 Rthlr. seinen Garten, zur Special-Hypothek gesetzt, und er sowol, wie dessen Ehefrau, sich in dieser Verschreibung aller Einreden, letztere aber noch besonders der exceptio illatorum, SCt. Velleiano, und der Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Velleian. begeben.

Einige Jahre hernach verlangte der Gläubiger seine Bezahlung wieder, und wie der Schuldner solche nicht leisten konnte, stellte er deshalb gegen ihn Klage an, und suchte um die Bezah-

lung

lung des Kapitals von 500 Rthlr. nebst Zinsen und Kosten, aus dem ihm deshalb gesezten Special-Unterpfande, nach.

§. 2. Nach hierauf von dem Gericht ertheilten Zahlungs-Befehl, kam die Ehefrau des Schuldners mit einer Intervention ein, und stellte darin unter andern mit vor, wie dieser von ihren Mann verpfändete Garte, ihr eigenthümlich zustehe, und mit ihrem Gelde angekauft sey, mithin wegen jener Schuld kein objectum executionis abgeben könne. Sie suchte dieses daher zu erweisen: erstens würde zu einer jeden constitutio hypothecæ erfordert, daß solche in bonis debitoris sey f); dieses fehle aber bey gegenwärtiger Hypothek, indem sie den in Frage seyenden Garten, laut producirten Quitung, kurz vor der Verpfändung mit ihrem Gelde angekauft.

§. 3. Zweitens lebe sie bekanntlich mit ihrem Mann in keiner Güter Gemeinschaft, und stünde ihm deshalb auch kein Eigenthum an ihren Gütern zu; und so hätte sie denn auch drittens sich nicht auf eine gültige Art für jene Schuld verbürget, indem zu einer gültigen Bürgschaft

f) *L. 6. C. Si aliena res pign. data* — cum Serviana etiam actio declaret evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuerint. — *L.* 15. §. 1 *ff. de pignorib. Wernher* Tom. 1. P. 1. obs. 166. *Stryk* Us. mod. Tit. quæ res. pign. §. 4.

schaft einer Ehefrau für ihren Mann erfordert würde, theils daß derselbe ihre weiblichen Rechtswohlthaten, welche ihr aus dem Vellejanischen Rathschluß und der *Auth. Si qua mulier* zuständen, deutlich erkläret und bekannt gemacht würden; theils daß sie denselben mit einem Eide entsage. Beides wäre aber, nach Ausweisung der Schuld und Pfandverschreibung gar nicht beachtet, sondern diese nothwendigen Stücke völlig unterlassen.

§. 4. Wenn man jene oben angeführte Gründe, ohne Rücksicht auf andere Umstände, und einzeln für sich betrachtet, so muß man allerdings zugeben, daß sie durch die Gesetze unterstützet werden. Allein, wenn man ihnen auf gegenwärtigen Fall einige Anwendung geben will, so leiden sie noch besondere Einschränkungen, und verlieren dadurch alles Gewicht.

§. 5. Der Satz, daß dasjenige Gut, welches zur Hypothek gesetzt wird, dem Schuldner eigenthümlich zustehen müsse, ist an und für sich ganz richtig. Unsere Gesetze machen aber dabey die Einschränkung, wenn die Verpfändung ohne Wissen und Einwilligung des Eigenthümers geschehen. So sagt die *L. 2. C. Si aliena res pignori data.* Si probaveris praesidi, praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis obligari eos creditori, ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti; und die

L.

L. 6. eod. tit. — — et per alium rem alienam *invito domino* pignori obligari non posse, certissimum est.

§. 6. Vielleicht möchte man aber diese Einschränkung in dem Fall nicht gelten lassen wollen, wenn ein Ehemann seiner Ehefrauen Güter, auch mit deren Einwilligung, verpfändet hat, aus dem Grund, weil diesen in den Gesetzen, viele besondere Vorrechte ertheilet sind. Allein es steht in unserer Macht nicht, diese noch weiter auszudehnen, und sogar wider die Absicht des Gesetzgebers etwas neues zu verordnen, zumal da wir hierüber in den Gesetzen klare Bestimmung haben. Wir finden diese deutlich in der *L. 5. C. ad SCt. Velleian.* wo unter andern gesagt wird: Quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti, pecuniam mutuam dantem, et ideo tibi non succurritur, senatus consulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est g).

§. 7. Der Gesetzgeber hält nach obiger Verordnung eine solche Ehefrau, die auf eine hinterlistige Art, einen unwissenden Gläubiger zu hintergehen gedenket, der ihr sonst verliehenen Vorrechte, nicht für würdig, sondern bestrafet sie, wie billig, mit dem Verlust derselben. Er verlanget aber, sowol in obigen Gesetz, als auch in

g) *Perez* ad Cod. h. t.

in andern Stellen h), daß der Gläubiger nicht gewust habe, daß das verhypothecirte Gut der Ehefrau, und nicht dem Mann zugehöre; denn sobald er dieses weiß, und dennoch ein solches Gut zur Hypothek annimt, so treffen ihn mit Recht, die von der Ehefrau hieraus hergenommenen Einreden.

§. 8. Es kommt im gegenwärtigen Fall also noch darauf an, ob der Gläubiger nicht gewust habe, daß der Ehefrau, der versezte Garte eigenthümlich zugestanden, oder ob er es wenigstens nicht auf eine leichte Art hätte erfahren können.

Für den Gläubiger treten hier folgende Präsumtionen ein. Erstens war er ein Ausländer, dem die Qualität der Grundstücke in einem andern Lande nicht so genau bekannt seyn konnten, und sich deshalb auf die Ehrlichkeit der beyden Eheleute verließ. Zweytens hatte die Frau erst kurz vor der Verpfändung den Garten gekauft, und war damals derselbe noch nicht auf ihren Namen ins Lagerbuch geschrieben; und drittens erboth sich der Gläubiger, wenn es erfordert würde, und noch Vermuthung gegen ihn seyn sollte, mittelst Eides sich zu reinigen.

§. 9. Wenn nun also über diesen Punkt, kein Zweifel weiter eintreten konnte: so kam es auch

h) L. 7. C. Ad SCt. Vell.

auch nunmehro nicht mehr darauf an, ob des Schuldners Ehefrau mit ihm in Gemeinschaft der Güter gelebet, und ob die Begebung der Rechtswohlthaten von ihr auf eine gültige Weise geschehen war oder nicht; da sie überhaupt nicht, und hieraus noch weniger, von dem Gläubiger in Anspruch genommen worden. Durch ihre Intervention konnte sie folglich auch, den Verkauf der Hypothek ferner nicht hintertreiben.

Zweyhundert und eilfte Meditation.

Niemand kann zum Nachtheil seiner Brüder Kinder, seines Bruders Erbschaft ausschlagen.

§. 1.

Den über diesen Satz entstandnen Rechtsstreit verursachte folgender Fall. **Titius** starb ohne Testament, und hinterlies als nächste Erben seiner Nachlassenschaft einen Bruder und ein Kind von seiner bereits verstorbenen Schwester. Der Bruder hatte vier Kinder, und um dieser ihren Theil grösser zu machen, schlug er die brüderliche Erbschaft aus. Augenscheinlich war hier der Vortheil auf seiner Seite, denn Brüder Kin-

der, wenn sie mit ihrer Eltern Geschwister konkurriren, succediren bekanntlich nach den Stämmen; unter sich aber, wenn sie allein nur da sind, nach den Köpfen.

§. 2. Der ganze Nachlaß des Titius belief sich auf 5000 Rthlr. Hier würde also dieser Nachlas so vertheilet werden müssen, daß des Titius noch lebender Bruder 2500 Rthlr., der verstorbnen Schwester Kind auch 2500 Rthlr. erhalten würde.

Nehmen wir aber an, daß des Bruders Ausschlagung jener Erbschaft gültig sey: so würde, weil nur blos Geschwister Kinder da sind, die Erbschaft nach den Köpfen vertheilet werden müssen, und erhielte alsdenn der Bruder für seine vier Kinder 4000 Rthlr., der Schwester Kind aber nur 1000 Rthlr.

§. 3. Dieser Fall, den wir hier vorgetragen haben, ist, wie jeder einsehen wird, wichtig. Es hängt auch sehr viel von der Entscheidung desselben ab, die jedesmal um desto ungewisser und zweifelhafter seyn muß; da theils die gemeinen Rechte diesen Fall nicht entscheiden; theils auch die Rechtsgelehrten unter sich darin nicht einig sind i).

§. 4.

i) Diesseitiger Meinung sind *Eyben* in disqu. 12. ad Inst. obs. 14. n. 6. *Hartmann Pistor* obs. lib. 2. tit. 43. obs. 12. *Leyser* sp. 423. n. 4. *Kock*

§. 4. Daß die natürliche Billigkeit, und die Analogie des Rechts unsre Meinung, nach welcher wir eine solche Repudiation für unzuläßsig halten, bestärke, scheinet uns wenigstens keinem grossen Zweifel unterworfen zu seyn. Das Gesetz ist einmal da, daß Brüder Kinder, wenn sie mit ihres verstorbnen Vater Brüder concurriren, nach den Stämmen und nicht nach den Köpfen succediren.

Dieses Gesetz aber wird umgestossen, und zwar blos durch die Handlung eines dritten, wenn nämlich dem Bruder, in dem von uns angeführten Fall, die Repudiation erlaubt ist. Dies ist aber nicht blos hart, sondern auch selbst den Grundsätzen des natürlichen und positiven Rechts zuwider k).

§. 5. Ferner geschieht eine solche Repudiation immer zum Vortheil dessen, der sie thut, und zwar zu einem solchen Vortheil, der offenbar mit dem grösten Nachtheil eines dritten verbunden ist. Hier tritt also einigermassen schon ein dolus ein, und die Repudiation ist wirklich mit der Begebung des Rechts eines dritten ver-

F 5 knüpft.

Koch de success. ab intest. Class. 2. §. 77. schol. 4. Gegenseitiger Meinung sind *Stryk* de success. ab intest. diss. 3. cap. 1. §. 11. *Boehmer* posit. de ordin. succed. cap. 4. n. 1. §. 6. seq. *Hannesen* de comput. grad. part. 3. sect. 3. §. 123.

k) Suo iuri, non alterius utilitati renunciare licet. *Mevius* part. 2. dec. 351. n. 2.

knüpft. Eine solche Repudiation kann aber unmöglich verstattet werden l), selbst auch alsdenn nicht, wenn wir auch nur der natürlichen Billigkeit das Wort reden lassen m).

§. 6. Unsre Meinung wird endlich noch mehr dadurch bestärkt, wenn wir hierauf die Absicht desjenigen, der auf eine solche Weise die Erbschaft repudiciret hat, sehen. Diese zielet doch blos auf einen solchen Gewinn ab, den die Gesetze, nach der einmal gegebnen Regel, wie die Erbschaft getheilet werden muß, ihm gar nicht zuerkannt haben. Er erlangt diesen aber, wenn die Repudiation nach dem gesuchten Zweck geschehen kann. Heißt das aber nicht in fraudem legis gehandelt? und kann man daher wol eine solche Repudiation für gültig erkennen?

§. 7. Diesem allen steht nicht die allgemeine Regel: **ein jeder kann sich seines Rechts begeben**, entgegen.

Aus dem, was wir schon in dem (§. 5.) angeführet haben, ist schon einzusehen, daß es hier nicht blos auf die Rechte des Renunciirenden, sondern eines dritten mit ankommt.

Frey-

l) In omni renunciatione videtur exceptum ius tertii. *Mevius* part. 7. dec. 364. n. 1. 2.

m) Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento, fieri locupletiorem. *L.* 206 *ff. de reg. iur.*

Freylich kann man sich seines Rechts begeben, aber da in unserm Fall das Schwester Kind einmal ein Recht auf die Erbschaft hat, und zwar ein solches Recht, nach welchem es seiner Mutter Stelle vertritt, und also mit seinem Onkel dem verstorbenen nach den Stämmen succediren muß: so kann ihm auch dieses Recht nicht wider seinen Willen entrissen werden.

§. 8. Eben so wenig steht uns die gesetzliche Verordnung entgegen, nach welcher es einem Schuldner erlaubt ist, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, auch dann, wenn es seinen Gläubigern nachtheilig ist n). Denn die Gläubiger haben hier kein Recht auf die angefallene Erbschaft, sondern nur blos auf die Güter des Schuldners, so lange aber von diesem die Erbschaft nicht angetreten ist, gehöret sie auch nicht zu seinem Gütern o). Ganz anders aber verhält es sich, wie jeder leicht einsehen wird, mit unserm Fall.

Zwey-

n) L. 6 ff. quae in fraud. credit.

o) Medit. 2ter Band. Medit. 81.

Zweyhundert und zwölfte Meditation.

Der Minderjährige muß die Verletzung beweisen, wenn er sich in vorigen Stand restituiren lassen will.

§. 1.

Ein Minderjähriger suchte, wegen einer ihm in einem Kontrakt zugefügten angeblichen Verletzung, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, nach. Weil aber die Verletzung nicht klar war, auch aus dem Kontrakt nicht erhellete, wurde dem Minderjährigen der Beweis derselben aufgegeben. Hiedurch erachtete er sich beschwert zu seyn, und griff daher das Urtel als nichtig an.

§. 2. Es ist überhaupt bekannt, daß bey der Wiedereinsetzung im vorigen Stand von Seiten des Minderjährigen, diese zwey Punkte erwiesen werden müssen: nämlich erstlich das Alter p) und zweytens die Verletzung selbst, es sey denn, daß aus der unternommenen Handlung die Verletzung selbst hervorleuchte q). Ist die-

p) L. 4. C. de in integr. rest. minor.

q) L. 7. §. 3 ff. de minor. 25. ann.

dieses aber nicht, so liegt es allerdings dem Minderjährigen ob, die Verletzung gehörig zu beweisen r). Diese Behauptung gründet sich nicht nur in der klaren Vorschrift der Gesetze s), die ausdrücklich dem Minderjährigen den Beweis auflegen, sondern stimmet auch mit der Natur der Sache überein. Denn da der Minderjährige den Grund seiner Klage in der Verletzung setzet, so ist er schuldig jenen Grund der Klage zu beweisen, nicht aber der Beklagte, daß er nicht verletzt sey, da dies wider die allgemeinen rechtlichen Grundsätze t) anstößt.

§. 3. Hiernach muste also auch jener Fall entschieden werden; denn alle die Gründe, die der Minderjährige für sich anführte, beweisen das Gegentheil nicht.

Die *L. 25. §. 1. ff. de probat.* enthält folgendes: *si autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forse vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simpli-*

r) *Carpzov* part. 1. const. 26. def. 23. *Struv* ex. 8. §. 48. *CoccEii* J. C. Tit. de minor. qu. 7.

s) *L. 5. C. de in integr. rest. minor.* Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, et si dolus adversarii non probetur, competit.

t) Ei probatio incumbit, qui dicit, non qui negat. *L. 2. ff. de prob.* Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. *L. 23. C. de prob.*

simplicitate gaudens, et desidia deditus: tunc, eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

Daß dieses Gesetz unsrer behaupteten Meinung nicht entgegenstehe, ist leicht einzusehen. Es handelt jenes Gesetz von der condictio indebiti, und in dem angeführten Paragraph wird die Ausnahme, von der im Anfang des Gesetzes festgesetzten Regel, nach welcher derjenige, welcher jene Klage anstellet, das indebitum beweisen muß, vorgetragen. Daß alles läßt sich aber auf unsern Fall, da von einem geschlossenen Kontrakt die Rede ist, nicht anwenden.

§. 4. Eben so wenig steht uns die *L. 16. C. de praed. et aliis reb. min.* entgegen. Der in diesem Gesetz vorgetragne Fall ist dieser: ein Minderjähriger griff daher den Verkauf seines Grundstücks als ungültig an, weil solcher ohne ein vorhergegangnes Dekret unternommen war. Der Käufer excipirte dagegen, daß das dafür bezahlte Geld zum Besten des Minderjährigen angewendet, der Minderjährige also solches zu erstatten schuldig sey. Hier legt nun das Gesetz dem Käufer den Beweis seiner Einrede auf, nicht aber daß er beweisen solle, daß der Minderjährige durch den Verkauf nicht verletzt sey. Denn auf die Verletzung kam es hier weiter nicht an, da der Kauf nicht wegen einer Verletzung, sondern wegen Richtigkeit angegriffen wurde. Das Gesetz

setz selbst lautet so: *si praedium rusticum vel suburbanum (quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur) in pupillari aetate constituta, tutore autore, vel adulta sine decreto praesidis provinciae, in qua situm est venundedisti: secundum sententiam SC. dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit. Emtor autem si probare potuerit ex caeteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam quam pretii nomine sumseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris quas praestitura esset, et sumtus meliorati praedii servare tantum modo potest.*

Es wurde daher auch mit Recht obige Urtel bestätiget, und der Minderjährige in die Kosten verdammt.

Zwey=

Zweyhundert und dreyzehnte Meditation.

Nach geschloßnem Kauf steht der Käufer, auch vor der Uebergabe der gekauften Sache, allen Schaden, der an derselben ohne Verschulden des Verkäufers sich zugetragen, und ist schuldig, dem Verkäufer den Kaufschilling zu bezahlen.

§. 1.

Titius hatte von dem Kajus sein Reitpferd für 80 Rthlr. gekauft, war dabey mit demselben einig geworden, daß er das Pferd noch acht Tage in Futterung behalten möge, weil es ihm noch an Stallung und Futter fehle. Vor Verlauf dieser Zeit gerieth des Kajus seine Scheuer, worin das Pferd stand, durch einen Blitz in Feur. Dieses Feuer griff so geschwind um sich, daß das Pferd nicht gerettet werden konnte, sondern mit verbrannte. Da der Verkäufer nun auf die Bezahlung des Kaufschillings stand, der Käufer aber solchen nicht bezahlen wollte, so entstand zwischen beiden darüber ein Rechtsstreit, worin es vornämlich auf die Frage ankam: ob ein Käufer nach geschloßnen Kauf, auch vor der Uebergabe der Sache, vor den Scha=

Schaden zu stehen schuldig sey, der sich an der gekauften Sache zu tragen, und ob von demselben die Bezahlung des Kaufschillings mit Recht verlangt werden könne?

§. 2. Wir tragen kein Bedenken, jene Frage mit vielen andern Rechtsgelehrten u) zu bejahen, ob gleich andre Rechtsgelehrte v) selbige verneinen. Nur setzen wir immer dabey zum voraus, daß der Schade ohne Verschulden des Verkäufers erfolgt sey.

Schon aus der allgemeinen in den Gesezzen w) gegründeten Regel, nach welcher der Käufer nach geschloßnem Kauf, sowol allen Nutzen als Schaden an den gekauften Sachen trägt, kann

u) *Carpzov* part. 2. const. 26. def. 20. *Stryk* U. M. Tit. de peric. et com. rei vend. §. 1. *Coccevii* J. C. eod. tit. qu. 2. Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. Bed. 65. *Wernher* p. 4. obs. 214. n. 70.

v) *Cuiacius* in tract. 8. ad African. in expl. L. 33. ff. loc. et in paratit. Cod. de peric. et com. rei vend. *Bocer* ad L. 23 ff. de reg. iur. *Borcholten* ad §. 3. I. de emt. vend. n. 3.

w) *L. 7. pr. ff. de peric. et com. rei vend.* Id quod post emtionem fundo accessit per alluvionem, vel periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet, nam et si totus ager post emtionem flumine occupatus esset, periculum esset emtoris, sic igitur et commodum eius esse debet.

kann jene Frage beantwortet werden. Denn wenn der Käufer allen Nutzen zieht, so muß er auch, wenn wir auch nur blos die natürliche Billigkeit wollen reden lassen, allen Schaden tragen x).

§. 3. Allein wir brauchen die Entscheidung jener Frage nicht so weit herzuholen, da solche in den Gesetzen selbst deutlich genug beantwortet wird.

Der §. 3. *l. de emt. vend.* enthält hierüber folgendes: *cum autem emtio venditio contractu sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur)* *periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tam etsi adhuc ea res emtori tradita non sit.* *Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit; aut aedes totae, vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint; aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine deiectis, longe minor aut deterior esse coeperit:* *emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.* *Quicquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.* *Sed*

x) *L. 10. ff. de reg. iur.* Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accesserit ad emtoris commodum pertinet.

§. 4. So klar und deutlich jene Verordnung ist, so sucht man doch von der Gegenseite jener Verordnung ihre Anwendung dadurch zu benehmen, wenn man behaupten will, daß Justinian in den Institutionen nur die allgemeinen Grundsätze des Rechts und das strenge Recht vorgetragen, in den Pandekten und übrigen Gesetzbüchern aber mehr auf die Billigkeit Rücksicht genommen habe η).

Allein fürs erste ist es gar nicht zu vermuthen daß Justinian in den Institutionen solche Grundsätze festgesetzt haben sollte, die den Anfängern nachher ohne Nutzen auf den Fall seyn würden, wenn in andere Gesetzbücher, jene Grundsätze nicht befolgt würden. Fürs andre ist es eben so widersprechend, daß in den Institutionen nicht mit auf Billigkeit Rücksicht genommen seyn sollte, da wol nicht zu glauben ist, daß Justinian bey den Institutionen die Billigkeit aus den Augen gesetzt habe.

§. 5. Aber so sind es auch nicht blos die Institutionen, sondern auch die andern Gesetzbücher,

η) *Cuiacius* l. c. *Gothofredus* in not. ad §. 3. I. de emt. vend.

bücher, sowol die Pandekten z) als der Coder a), die in diesem Fall obige Frage nach einerley Grundsätzen entscheiden. Jeder, der diese Gesetze nachschlagen will, wird den Einwurf, den man diesen Gesetzen entgegensetzet, daß nämlich der Käufer nur dergestalt den Schaden tragen müsse, daß er dasjenige, um so viel mehr ihm die Sache, als der einsgewordne Kaufschilling, lieber gewesen sey, von dem Verkäufer nicht fordern könne; nicht aber dergestalt, daß er schuldig sey, den Kaufpreis zu bezahlen, — beantworten könne. Denn, um nur einiges zur Widerlegung obigen Einwurfs anzuführen, sagt die *L. 6. C. de per. et com. rei venditæ* ausdrücklich, daß, wenn die gekaufte Sache durch einen Zufall untergehe, der Käufer widerrechtlich die Bezahlung des Kaufschillings dem Verkäufer vorenthalte. Und eben so redet auch die *L. 34. §. pen. ff. de contr. emt. vend.*, nach welcher der Käufer schuldig ist, auch den Kaufpreis für den gekauften aber umgebrachten Sklaven zu bezahlen.

Dies mag zur Beantwortung des obigen Einwurfs genug seyn, wir wollen nunmehr die gegenseitigen Gründe selbst kennen lernen.

§. 6.

z) L. 5. §. 2. ff. de resc. vend. L. 7. ff. de per. et com. rei vend. L. 11. eod. tit. L. 16. eod. tit. L. 34. §. pen. ff. de contr. emt. vend. L. 14. pr. ff. de furt.

a) L. 5 et 6. C. de per. et com. rei vend.

§. 6. Wir wollen die Gesetze b), worin die Gegner sich gründen, der Reihe nach durchgehen, und dabey zeigen, daß selbige unsrer behaupteten Meinung keineswegs entgegenstehen.

In der *L. 9. C. de pign. act.* wird gesagt: *pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit.* Aus diesen Worten leitet man nun folgenden Schluß her: da eine jede Sache ihrem Herrn untergeht, der Verkäufer aber so lange er die verkaufte Sache noch besitzet, Herr derselben bleibet c), so muß dieser auch den Schaden tragen.

Wir haben diesen Einwurf schon anderswo d) widerlegt, und gezeigt, daß zwar in Absicht des Eigenthums die Sache dem Verkäufer untergehe, nicht aber in Absicht des Schadens, auch daß jene Regel ihren Abfall alsdenn finde, wenn der Herr debitor rei, wie hier der Verkäufer, ist. Es wird daher auch nicht nöthig seyn, hier davon noch etwas anzuführen.

§. 7. Was ferner in der *L. 12. ff. de peric. et com. rei vend.* enthalten ist, beweiset auch

b) L. 9. C. de pign. act. L. 12 ff. de per. et com. rei vend. L. 14 ff. eod. L. 33 ff. loc. cond. L. 39 ff. de solut.

c) *L. 67 ff. de verb. sign.* Alienatum proprie non dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur.

d) Meditationen 1ster Band. Med. 53. §. 3.

nichts wider uns. In diesem Gesetz wird folgender Fall erzählt: *lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emtoris periculum esse placet.* Hier wird zwar gesagt, daß, wenn die gekauften und auf den öffentlichen Weg gelegte Betten, dem Käufer entweder übergeben, oder es seine Schuld gewesen, daß dieses nicht geschehen sey, er auch den Schaden stehen müsse; dahingegen, wie die *L. 14. pr. ff. de per. et com. rei vend.* sagt: *quod si neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

Aus welchen allen denn so viel zu folgen scheinet, daß vor der Uebergabe der gekauften Sache, der Käufer zur Bezahlung des Kaufschillings nicht angehalten werden könne, wenn die Sache bey dem Verkäufer untergegangen ist.

§. 8. Allein, daß nach diesen beyden Gesetzen der Käufer von allen Schaden, der sich an der gekauften Sache vor der Uebergabe derselben zugetragen, freygesprochen, solcher im Gegentheil dem Verkäufer zu tragen auferlegt wird, ist nach dem in jenen Gesetzen erzählten Fall allerdings richtig geurtheilet.

Wenn wir nämlich behaupten wollen, daß der Käufer den Schaden vor der Uebergabe stehen, und daher auch den Kaufschilling bezahlen müssen;

müssen; so müssen wir auch nothwendig dabey zum voraussetzen, daß der Schade oder der völlige Untergang der Sache, ohne Verschulden des Verkäufers erfolgt sey. Daß aber der Verkäufer allerdings sich als unachtsam dadurch bewiesen, daß er die Bette auf einen öffentlichen Weg gelegt, ist wohl nicht zu läugnen. Daraus aber läßt sich überhaupt keine allgemeine Regel festsetzen, und eine Anwendung auf unsern Fall, wo der Verkäufer auser aller Schuld war, machen.

§. 9. Die *L.* 14. §. 1. *ff. de peric. et commod. rei vend.* verordnet: *materia emta si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo ostendit; si minus venditoris, videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.* Hier in diesem Gesetz ist aber nicht die Rede von dem Verkauf einer bestimmten, sondern unbestimmten Sache. Da es also noch nicht gewiß war, was vor Baumaterialien der Käufer kaufen wollte, so muste auch, ehe er sich dieselben ausgesucht, oder solche bezeichnet hatte, der Verkäufer davor stehen.

§. 10. Eben so wenig steht uns auch die *L.* 33. *ff. loc. cond.* entgegen. Dieses Gesetz lautet so: *si vendideris mihi fundum, isque priusquam mihi vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas non ut id praestes, si quid pluris mea interest eam vacuum mihi tradi.*

Wie wenig dieses Gesetz, wo nicht einmal von den gänzlichen Untergang der gekauften Sache geredet wird, sich auf unsern Fall anwenden lasse, haben wir an einem andern Ort e) gezeigt. Wir setzen daher hier nichts weiter hinzu, sondern wollen nun noch kürzlich die noch übrigen Gesetze ansehen.

11. Ehe wir die *L. 39. ff. de solut.* einrücken, wollen wir vorher den darin enthaltenen Fall, zum bessern Verstand des Gesetzes, erzählen.

Der Käufer und Verkäufer, die sich wol ein andern nicht trauen mogten, waren unter sich eins geworden, daß der Verkäufer die Waare, und der Käufer den Kaufschilling bey einem dritten, den der Käufer dazu erwählen würde, niederlegen sollten. Hier, sagt der Jurist Africanus, müsse der Käufer sowol für die Gefahr der verkauften Sache, als des Kaufschillings stehen. Es heißt *his consequens esse puto, ut, etiam si et emtor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint: et nummi periculo emtoris sint, utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit: et nihilominus merx quoque, quia emtio perfecta est.* Aus diesem folgert man nun, wenn in gewissen Fällen der Käufer nur vor dem Schaden, der sich vor der Uebergabe zuträgt, zu stehen braucht; so

e) Meditationen 1ster Band. Med. 53. §. 4.

so folgt auch, daß er der Regel nach, solchen nicht zu tragen schuldig sey.

§. 12. Allein, daß jener Schluß in allem Betracht falsch sey, lehrt das Gesetz selbst. Denn es wird darin nicht gesagt, daß deswegen der Käufer den Schaden tragen müsse, weil er einen dritten erwählt, bey dem die Waare und der Kaufschilling niedergelegt werden sollte, sondern deswegen, weil der Kauf zu seiner Vollkommenheit gediehen war, wie die Schlusworte: *quia emtio perfecta est*, sattsam anzeigen. Dies Gesetz beweiset also unsre Meinung mehr, als daß es derselben zuwider seyn sollte.

§. 13. Es wird nicht nöthig seyn noch mehrers davon anzuführen. Jeder, der unpartheyisch urtheilen will, wird schon hieraus sehen, daß unsre Meinung den Gesetzen angemessener sey. Und so wurde auch in gegenwärtigen Fall Titius zur Bezahlung des Kaufschillings schuldig erkannt.

Indessen ist, zur Vermeidung aller Streitigkeiten, als eine Kautel zu merken, daß man, wenn die Sache nach geschloßnem Kauf nicht gleich dem Käufer übergeben wird, durch einen besondern Vertrag sich deshalb sichern.

Zweyhundert und vierzehnte Meditation.

Wider ein ordentlich aufgenommenes Inventarium findet eine Eideszuschiebung nicht anders statt, als wenn gegründete Muthmassungen einer geschehenen Unterschlagung da sind.

§. 1.

In einer gewissen Erbschafts-Sache schoben die Gläubiger des Erblassers dem Erben darüber einen Eid zu: ob er alle die in der Erbschaft befindlich gewesene Sachen getreulich verzeichnet, und nichts untergeschlagen habe. Daß das Inventarium ordentlich und nach der in den Rechten vorgeschriebnen Form errichtet war, konnten die Gläubiger nicht in Zweifel ziehen; eben so wenig konnten sie auch gegründete Ursachen eines Verdachts wider den Erben anführen. Aber eben das war es auch, weswegen der Erbe sich auf den Eid nicht einlassen wollte, sondern vielmehr behauptete, daß selbiger hier keinesweges statt finde.

§. 2.

§. 2. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß es Rechtsgelehrte f) gebe, die die Eideszuschiebung gegen ein Inventarium auch in dem Fall gelten lassen, wenn gleich kein Verdacht einer geschehenen Unterschlagung oder Verheimlichung der Erbschafts-Stücke erwiesen werden kann.

Sie wollen dies daher behaupten, weil theils in der *L. 21. §. 10. C. de iure delib.* nichts weiter als ein bloßer Verdacht erfordert werde; theils weil in allen andern Sachen, auch bey dem Mangel irgend eines Grundes, sich einer der Eideszuschiebung bedienen könne g).

§. 3. Wir wollen, um in der Folge darüber desto besser urtheilen zu können, das Gesetz selbst einrücken. *Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si maiorem putaverint substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quae de quaestione servorum loquitur: vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint, ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando,*

f) *Leyser* sp. 364. med. 6. 7. *Walch* introd. in contr. iur. civ. Sect. 2. cap. 4. memb. 5. §. 18.

g) *Leyser* sp. 135. med. 5.

do, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.

§. 4. Der Grund der gegenseitigen Meinung beruhet hier in den Worten: *si maiorem putaverint substantiam.* Allein diese Worte beweisen in der That das nicht, was sie beweisen sollen. Denn wenn, wie in unserm Fall die Gläubiger dafür halten, daß das Vermögen des Erblassers grösser sey, als es nach dem Inventarium ist: so kann es doch nicht blos darauf ankommen, was die Gläubiger glauben oder nicht. Denn der Erbe hat hier das Inventarium, welches als ein öffentliches Instrument h) allen Glauben verdient, für sich; diesem muß man auch so lange glauben, bis das Gegentheil erwiesen ist. Dieses Gegentheil aber wird nicht, durch das bloße Glauben der Gläubiger bewiesen, sondern dazu müssen wenigstens einige Vermuthungen da seyn.

§. 5. Ueberhaupt aber lehret uns schon die Natur und Eigenschaft eines solchen Eides, daß derselbe bey ermangelnden zulänglichen Verdacht nicht auferlegt werden könne. Denn der Manifestations-Eid, welchen der Erbe abstatten muß, ist eine Art des Reinigungs-Eides. Dieser aber

h) L. 13. pr. C. arb. tutil.

aber findet nicht anders statt, als wenn Anzeigen da sind, woraus auf einen Verdacht gegen jemand geschlossen werden könne i). Eben daraus ist auch der zweyte gegenseitige Grund: daß in allen Sachen die Eideszuschiebung Platz finde, hier ohne Anwendung; denn das ist nur allenfalls von dem Haupt-Eid, nicht aber von dem Reinigungs-Eid wahr.

Aus diesen Gründen, die wir hier nur in die Kürze gezogen, scheinet uns daher die diesseitige Meinung, der auch die mehrsten Rechtsgelehrten k) beypflichten, den Vorzug zu verdienen.

Zwey-

i) *Carpzov* part. 4. const. 45. def. 9. n. 6.

k) *Berlich* part. 2. dec. 160. n. 14. *Carpzov* part. 3. const. 33. def. 8. et def. 10. *Mevius* part. 4. dec. 92. *Boehmer* Conf. et resp. Tom. 2. resp. 276. n. 13. et resp. 663. n. 5. *Stryk* U. M. Tit. de iur. delib. §. 4. *Wernher* part. 7. obs. 146.

Zweyhundert und funfzehnte Meditation.

Das von einem Mandatarius ausgeführte Geschäft ist gültig, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hat, dieser Widerruf aber erst dem Mandatarius nach geführten Geschäft bekannt geworden ist.

§. 1.

Ein Mandat kann zwar immer widerrufen werden, doch wollen die Gesetze, daß dieser Widerruf, ehe das aufgetragne Geschäft ausgeführet ist, geschehe l). Wenn daher der Mandans das Mandat widerruft, der Mandatarius aber, ehe ihm solches bekannt geworden, das ihm aufgetragne Geschäft schon ausgerichtet hat, so bleibt solches bey Kräften, und der Mandans ist daraus verbunden m).

So

l) §. 9. *I. de mandato.* Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc res integra sit, revocatum fuerit, evanescit.

m) *Struv* ex. 22. §. 17. *Stryk* U. M. Tit. mand. §. 7. *Leyser* sp. 180. med. 4.

So zu urtheilen, dazu verbindet uns schon die gesunde Vernunft und Billigkeit. Der Mandatarius unterzieht sich, vermöge des ihm ertheilten Mandats, dem ihm aufgetragnen Geschäft, er handelt also Kraft seines Mandats. Derjenige, mit dem er das Geschäft schliessen will, hat alle Ursach dem Mandatarius zu trauen, und sich mit demselben in Unterhandlungen einzulassen, da ihm das Mandat sichert, daß der Mandans, in dessen Namen der Mandatarius handelt, solches genehmigen müsse.

§. 2. Eben so war es die Absicht des Mandans, durch die Handlungen des Mandatarius verbunden zu werden. Daher ist er auch schuldig, daß, was er demselben aufgetragen hat, und von demselben ausgeführt ist, zu genehmigen. Der Widerruf kann aber auch diese Verbindlichkeit von Seiten des Mandans nicht aufheben. Denn so lange der Mandatarius diesen Widerruf nicht erfährt, handelt er seinem Mandat gemäß, und konnte auch um so eher sein Mandat befolgen, da überhaupt keine Revocation des Mandats vermuthet wird, auch niemand zum Nachtheil eines andern, seinen Willen ändern kann n).

§. 3. Allein wir können auch selbst aus den Gesetzen, obige Frage beantworten. Die

L.

n) *L. 75. ff. de reg. iur.* Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam.

L. 15. *ff. mandati*, sagt ausdrücklich, daß ein von dem Mandatarius unternommener Kauf gültig seyn solle, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hätte. *Si mandem tibi*, heißt es: *ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum.* Eben das verordnet auch die *L.* 14. *ff. de publ. in rem. act.*

§. 4. Es will zwar **Wernher** in seinen Observationen o), das Gegentheil behaupten, und beruft sich deshalb auf die *L.* 25. §. 14. *ff. de aquir. vel omit. hered. L.* 7. *ff. de divort.* und *L.* 4. *ff. de manum vind.* Allein alle diese Gesetze beweisen das nicht, sondern reden nur von besondern Fällen, woraus sich keine allgemeine Regel herleiten läßt. In der *L.* 25. §. 14. *ff. de adq. vel omitt. hered.* wird gesagt: *Sed si posteaquam iussit, poenitentiam agit, priusquam adiret, nihil agit adeundo.* Die Antretung einer Erbschaft beruhet überhaupt in jedermanns Willkühr, wenn nun hier gleich der Erbe dem Mandatarius zur Antretung der Erbschaft bevollmächtiget, nachher aber seinen Willen geändert hat, so geschieht in diesem Fall keinem Nachtheil, und daher konnte auch eine solche Antretung des Mandatarius als nicht geschehen angesehen werden.

§. 5.

o) part. 8. obs. 488.

§. 5. Eben so verhält es sich auch mit dem in der *L. 7. ff. de divort.* vorgetragnen Fall. *Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam voluntatis mutatae oblatus est; durare matrimonium dicendum: nisi, poenitentia cognita, is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum qui accepit solvitur matrimonium.* Denn wenn der eine Theil, dem der Scheidebrief geschickt war, die Ehescheidung nicht gerne sah, so konnte ihm nichts lieber als die Zurücknahme des Scheidebriefes seyn. War es aber gleichfalls sein Wille, auf die Ehescheidung zu bestehen, so war es ihm unbenommen, auf dieselbe zu dringen.

§. 6. Aus der *L. 4. ff. de man. vind.* welcher folgendes enthält: *sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuncium, et antequam filius certior fieret, servum manumisisset: liber non sit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse*, kann um so weniger eine Entscheidung des gegenwärtigen Falls hergenommen werden, da dieses Gesetz von der Loslassung eines Sklaven redet, und es bekannt ist, daß ein Sklave ohne Willen seines Herrn die Freiheit nicht erhalten konnte. Da also alle Gesetze nur ganz besondre Fälle enthalten, so können wir auch um desto ehender bey der Regel bleiben: daß die Widerrufung eines

Mandats vor Ausrichtung desselben geschehen müsse, widrigenfalls der Mandans immer daraus verbunden bleibe.

Zweyhundert und sechszehnte Meditation.

Ein Ceßionarius kann keine Zinsen von Zinsen fordern.

§. 1.

Zinsen von Zinsen zu nehmen, ist nach den Verordnungen der Rechte p) nicht erlaubt. Wir wissen zwar wol, daß von jener Verordnung verschiedne Ausnahmen gemacht werden, von welchen aber die mehrsten ungegründet sind. Zu einer solchen ungegründeten Ausnahme q) rech-

p) *L.* 28. *C. de usur.* — Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari; sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquæ tantum modo incrementum usurarum accedere.

q) *Stryk* U. M. Tit. de hered. et act. vend. §. 10. *Coccei* J. C. eod. tit. qu. 23.

rechnen wir auch die, da es dem Cessionarius erlaubt seyn soll, Zinsen von Zinsen zu nehmen r).

§. 2. Sehen wir hier nur blos auf die Natur der Cession, so werden wir auch bald finden, wie wenigen Grund jene Ausnahme habe. Durch die Cession wird nämlich keinesweges die Schuld selbst verändert, denn es bleibt ein und eben der Schuldner da, so wie auch in der That in der Person des Gläubigers keine Verändrung vorgeht. Aus diesen unläugbaren Sätzen folgt daher, daß der Cessionarius nicht mehr, als der Cedens, einfordern könne s) nun sind aber dem Cessionarius Zinsen abgetreten, folglich kann er auch nichts mehr als Zinsen einfordern.

§. 3. So dann ist es eine bekannte Rechtsregel, das durch das Unternehmen eines dritten, niemandes Zustand verschlimmert werden könne t). Diese Regel würde aber völlig wegfallen, wenn hier dem Cessionarius erlaubt seyn sollte, Zinsen von Zinsen zu fordern, die doch

H 2 der

r) *Berlich* p. 2. dec. 268. n. 37. *Struv* ex. 27. §. 51. n. 13.

s) *L. 5. C. de hered. et act. vend.* Emtor hereditatis, actionibus mandatis, eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placet.

t) *L. 54. ff. de reg. iur.* Nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet.

der Cedens nicht hätte fordern können, und so dem Cedens verstattet würde, ein größers Recht auf den Cessionarius zu bringen, als er selbst gehabt hat, welches aber gleichfals gegen alle rechtliche Grundsätze anstoßet u).

Ueberhaupt aber würde das offenbar zu dem Zinswucher den mehrsten Anlaß geben, und das beste Mittel seyn, so den gesetzlichen Verordnungen entgegen zu handeln.

§. 4. Selbst die gegenseitigen Gründe, die man aus den Gesetzen v) herleitet, sind so schwach, daß sie kaum einer Widerlegung bedürfen.

Was

u) *L.* 156. §. 3. *ff. de reg. iur.* Plerumque emtoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum, quæ fuit auctoris.

v) *L.* 7. §. 12. *ff. de adm. tut.* Si usuras exactas, tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet: sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint. *Conf.* L. 58. §. 1. ff. eod. tit. L. 9. §. 3. ff. eod. tit. L. 2. C. de usur. pupil.
L. 19. §. 4. *ff. de neg. gest.* Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio præstabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque usuras, quas præstabimus, vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio.

L.

Was die *L. 9. §. 3. ff. de adm. et peric. tutor.* und die *L. 58. §. 1. ff. eod. tit.*, wie auch die *L. 2. C. de usur. pup.* anbetrift, aus welchen man die Meinung: daß ein Vormund Zinsen von Zinsen bezahlen müsse, wenn er seinem Pupillen was schuldig ist, und davon keine Zinsen bezahlet habe, vertheidigen will, so haben wir schon das ungegründete einer solchen Meinung gezeigt, und jene Gesetze erklärt w), die überdem, wie ein jeder sieht, hier in unserm Fall nichts beweisen. Eben so wenig leiden auch die *L. 19. §. 4. ff. de neg. gest.* und *L. 18. C. eod. tit.* hier eine Anwendung. Denn so redet das erste Gesetz blos von den Zinsen, die man von einem Kapital zu fordern berechtiget ist. Das zweyte Gesetz aber von den Kosten, die man auf ein fremdes Geschäft gewendet hat, und davon wird gesagt, daß man davon auch Zinsen fordern könne.

L. 18. C. eod. tit. Ob negotium alienum gestum sumtuum factorum usuras præstari bona fides suasit, quo iure contra eos etiam, quorum te necessitate compulsum negotium gessisse proponis, per iudicium negotiorum gestorum uteris.

w) Meditationen 1ster Band. Med. 31.

Zweyhundert und siebenzehnte Meditation.

Bey der *emtio spei* findet die *L. 2. C. de resc. vend.* nicht statt.

§. 1.

Emtio spei ist der Kauf einer solchen Sache, deren Existenz von dem Zufall abhängt. Beyspile eines solchen Kaufs giebt uns die *L. 8. §. 1. ff. de contr. emt. vend.*, aus welcher zugleich erhellet, daß der Kauf auch alsdenn gültig sey, wenn auch gleich in der Folge nichts existiret. Hieraus können wir nun schon einigermassen die Frage beantworten: ob der Käufer, wenn er bey einen solchen Kauf über die Hälfte verlezt worden, denselben durch die *L. 2. C. de resc. vend.* nicht aufheben könne? Es ist zwar wahr, daß die *L. 2. C. de resc. vend.* überhaupt von dem Kaufkontrakt rede, und daher die emtio spei nicht davon ausgeschlossen sey. Allein dies hindert uns nicht, demungeachtet jene Frage verneinend zu beantworten r).

§. 2

r) *Stryk* de emtione spei §. 32. *Sande* decis. Frisiæ lib. 3. tit. 4. def. 16. *Wernher* part. 5. obs. 249. *Hommel* Rhaps. obs. 214. Das Gegentheil behaupten *Decianus* in resp. vol. 2. resp. 17. n. 42. *Berger* oeconomia iuris lib. 3. tit. 5. §. 18. not. 4.

§. 2. Soll die *L. 2. C. de resc. vend.* bey einem Kauf statt finden, so wird nothwendig der Verkauf einer solchen Sache erfordert, deren Werth eine gewisse Bestimmung hat. Dies fällt aber bey einer emtio spei weg, da so wenig der Käufer als Verkäufer wissen kann, wie viel eine Sache, deren Existenz blos von einem Zufall abhängt, werth sey. Im Grunde ist also keiner verletzet, da sich beide dem Zufall unterwerfen, und da hier die Verletzung gleichfals mit von dem Zufall abhängt, und erst nach dem Kontrakt existiret, so kann dieselbe auch nicht in Erwägung gezogen werden. Denn so wollen die Gesetze, daß bey der Bestimmung einer Verletzung auf die Zeit des Kontrakts gesehen werden solle, wie die *L. 8. C. de resc. vend.* in den Worten lehrt: *nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis datum esset* y). Dieses Erfordernis aber fällt hier weg, da zur Zeit des geschloßnen Kaufs noch keine Sache da war.

§. 3. Zudem wissen beide Kontrahenten, daß es bey einer emtio spei blos allein auf den Zufall ankomme, und es davon abhänge, wer von beiden Vortheil oder Schaden leiden solle. Verlieret nun der Käufer die Hofnung eines zukünftigen Gewinnstes, so kann er den Gesetzen

y) *Mevius* p. 2. dec. 320.

nach nicht für verletzt angesehen werden z). Besonders da derjenige, der sich der Entscheidung eines Zufalls unterwirft, demjenigen nicht ungleich ist, der wissentlich eine Sache zu hoch käuft, oder zu wohlfeil verkäuft. Daß aber einem solchen die *L. 2. C. de resc. vend.* nicht zustehe, haben wir bereits schon erwiesen a).

Zweyhundert und achtzehnte Meditation.

Die *L. 2. C. de resc. vend.* findet bey dem Verkauf beweglicher Sachen statt.

§. 1.

Es wurde in einer gewissen Rechts-Sache darüber gestritten: ob die *L. 2. C. de resc. vend.* auch bey einem Verkauf beweglicher Sachen statt finde, und ob daher der Kauf, — da die Verletzung über die Hälfte bewiesen war, — wieder aufgehoben werden könne? Sehen wir bey

z) *L. 17. C. de usur.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum, rescindi placita non possunt.

a) Medit. 2ter Band. Medit. 109.

ben Beantwortung dieser Frage, sowol auf die Billigkeit, als auf das Gesetz selbst, so müssen wir selbige nothwendig bejahen b).

§. 2. Die Billigkeit, welche jene Verordnung veranlaßt hat, und nach welcher ein Kauf, wenn darin jemand über die Hälfte verlezt worden ist, wieder aufgehoben werden kann: ist sowol bey dem Kauf und Verkauf der unbeweglichen als beweglichen Sachen gleich stark. Es tritt hier also ein und eben die Billigkeit, ja ein und eben die Gründe ein. Denn so redet die *L. 2. C. de resc. vend.* allgemein und unbestimmt, wenn sie sich folgenden Ausdrucks bedienet: *rem majoris pretii.* Wird aber durch das Wort *res* nicht blos eine unbewegliche Sache verstanden, sondern erstreckt sich dasselbe auch mit auf bewegliche Sachen c), so ist auch kein vernünftiger Zweifel übrig, warum man nur blos jene Verordnung bey unbeweglichen Sachen will statt finden lassen.

§. 3. Es ist zwar wahr, daß sowol die *L. 2. C. de resc. vend.*, als auch andre Gesetze d) hauptsächlich eines Grundstücks erwähnen. Aus welchem Grunde denn auch die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehr-

b) *Zoesius* ad ff. Tit. de resc. vend. n. 16. *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 8. n. 2.

c) L. 5. 6. 23. ff. de verb. sign.

d) L. 4. 5. 8. C. de resc. vend.

lehrte e), das Gesetz nur blos nach den Worten erkläret wissen wollen. Allein dieser Grund bedeutet hier in der That nichts, denn so betraf fürs erste der Fall, welcher den Kaysern Diocletian und Maximian vorgetragen wurde, den Verkauf eines Landguts, sie konnten also auch auf nichts anders, als warum sie gefragt waren, antworten. Fürs zweyte scheinen überhaupt die Gesetzgeber mehr auf die Verletzung, als auf die Beschaffenheit der Sache, Rücksicht genommen zu haben. Fürs dritte ist es bekannt, daß Beyspiele überhaupt eine Regel nicht einschränken, und daß dadurch, wenn etwas bestimmet werde, das andre nicht ausgeschlossen sey. Daß aber ein Landgut nur des Beyspiels wegen angeführet sey, lehret der Ausdruck *rem maioris pretii.* Es wurde daher auch dem Verkäufer in den angeführten Fall das remedium *L. 2. C. de resc. vend.* zugestanden, und nach demselben der Kauf rescindiret.

Zwey-

e) *Robert* animad. iur. civ. lib. 2. cap. 12. et *Cuiacius* in notat. ad dict. libr.

Zweyhundert und neunzehnte Meditation.

Die *querela inofficiosi testamenti* findet bey dem Testament eines Bruders, worin eine ehrlose Person zum Erben eingesetzt ist, nicht statt, wenn der Bruder selbst ehrlos ist.

§. 1.

Geschwister können in ihrem Testament einander stilleschweigend übergehen, und sind nicht schuldig ihre Geschwister dem Pflichttheil zu hinterlassen. Nur alsdenn, wenn eine ehrlose oder anrüchige Person zu Erben eingesetzt ist, müssen Geschwister entweder die nachgelassenen Geschwister aus gesetzmäßigen Ursachen enterben, oder ihnen den in Gesetzen bestimmten Pflichttheil hinterlassen. Thun sie das nicht, so geben die Gesetze den nachgelassenen Geschwistern, die Klage des pflichtswidrigen Testament. Wie aber, wenn der überlebende Bruder selbst ehrlos oder anrüchig ist, steht ihm alsdenn auch jene Klage zu?

§. 2. Die so eben aufgeworfne Frage finden wir in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden. Die *L. 27. C. de inoff. testam.* redet nur ganz allge-

allgemein, und macht keinen Unterschied darunter, ob der überlebende Bruder ehrlos sey oder nicht. Daher hat denn auch Struv f) behaupten wollen, daß jedesmal, sobald der eingesetzte Erbe ehrlos sey, das Testament durch die pflichtswidrige Klage angegriffen werden könne. Wir wollen jenes Gesetz hier erst einrücken, und dann die Gründe anzeigen, warum wir mit andern Rechtsgelehrten g) jener Meinung nicht beytreten können.

§. 3. Jenes Gesetz verordnet folgendes: *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem durante agnatione vel non contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur, vel liberti qui perperam et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: excepto servo necessario herede instituto.*

§. 4. Aus diesem Gesetz sehen wir zwar, daß darin überhaupt nur so viel gesagt werde: daß Geschwister das Testament als pflichtswidrig angrei-

f) ex. 10. §. 18.

g) *Müller* ad Struv ex. 10. §. 18. *Stryk* U. M. Tit. de inoff. test. §. 5. et in caut. testam. cap. 16. §. 12. *Cocceii* J. C. Tit. de inoff. testam. qu. 12. *Berger* Oecon. iuris lib. 2. Tit. 4. §. 17. not. 8.

angreifen könnten, wenn eine ehrlose oder anrüchige Person darin zum Erben eingesetzt sey. Allein der Unterschied, den wir dabey gemacht haben, daß nämlich jene Klage den Geschwistern nicht zustehe, wenn sie selbst ehrlos sind, beruhet auf allgemeine Grundsätze. Denn so bald einer ehrlos ist, oder eine Handthierung treibet, die seiner Ehre und gutem Namen nachtheilig ist, so fällt in Absicht seiner, gegen einen andern der gleichfals ehrlos ist, oder eine gleiche Handthierung treibet, alle Schande und Niederträchtigkeit weg. Er kann also auch nicht sagen, daß, da ihm eine solche Person vorgezogen worden, ihm Unrecht geschehen sey, vielmehr muß er sich hier in einem solchen Fall, nach dem allgemeinen Verordnungen des Rechts richten lassen, nach welchen es Geschwistern erlaubt ist, sich einander in Testament zu übergehen.

§. 5. So wird auch endlich unsre Behauptung nicht undeutlich durch die *L. 11. C. de inoff. testam.* unterstützt, nach welchen ein Vater seinen ehrlosen Sohn enterben kann, wenn er nur selbst nicht ehrlos ist. Es heißt *in arenam non damnato, sed sua sponte arenario constituto, legitimae successiones integrae sunt, sicuti civitas et libertas manet. Sed si testamentum parens eius fecit, neque de inofficioso testamento accusatio, neque bonorum possessio ei competit, nam talem filium merito quis indignum sua successione iudicat, nisi et ipse similis conditionis sit.* Aus diesem Gesetz können wir

also

also den Schlus herleiten, daß ein Bruder, wenn er selbst ehrlos ist, das Testament, worin eine ehrlose Person zum Erben eingesetzt ist, als pflichtswidrig nicht angreifen könne.

Zweyhundert und zwanzigste Meditation.

Eine Lehns-Hypothek kann ohne neuen Lehnsherrlichen Konsens einem dritten abgetreten werden.

§. 1.

Eine gültige Verpfändung eines Lehns geschieht nicht anders als mit Einwilligung des Lehnsherren und Agenten. Wenn daher der Vasall Gelder aufnehmen, und seinem Gläubiger auf die Lehngüter eine Hypothek geben will, muß er dazu den Lehnsherrlichen Konsens nachsuchen. Kann aber der Gläubiger, wenn er einmal mit Lehnsherrlicher Bewilligung dem Vasallen Gelder vorgeschossen hat, die ihm zur Sicherheit gesetzte Hypothek auf die Lehngüter, wiederum, ohne einen neuen Lehnsherrlichen Konsens nöthig zu haben, einem dritten abtreten, und ist bey einer solchen Abtretung auch der dritte gesichert?

Diese

Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten verschiedentlich beantwortet, indem einige h) dafür halten, daß in eine solche Cession der Lehnsherr aufs neue willigen müsse; andre i) aber diese neue Einwilligung nicht erfordern.

§. 2. Wir treten hier der leztern Meinung bey, und glauben auch, daß solche mit der Analogie der Rechte mehr übereinstimmen.

Nach dem allgemeinen Grundsätzen des Rechts, ist es einem jeden erlaubt, sein Recht einem dritten zu cediren; nur alsdenn, wenn entweder durch die Gesetze oder Gewohnheit von jener Regel eine Ausnahme gemacht wird, gilt eine solche Cession nicht. So lange wir also kein deutliches Gesetz haben, und daran fehlet es uns in diesem Fall, kann auch der Gläubiger ohne neue lehnsherrliche Einwilligung die Lehns-Hypothek einem andern cediren.

§. 3.

h) *Heigius* quæst. illustr. part. 2. qu. 5. n. 28. *Berlich* part. 2. concl. 29. n. 31. *Carpzov* lib. 5. resp. 36. n. 5. *Wernher* Tom. 3. part. 1. obs. 127.

i) *Mevius* part. 8. dec. 284. *Stryk* U. M. Tit. de hered. vel act. vend. §. 13. *Idem* in caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 10. et intr. de iuribus et actionibus non cessibilibus cap. 4. §. 9. *Horn* Jurispr. feud. cap. 19. §. 9. *G. L. Boehmer* observ. iur. feud. obs. 13. §. 3. von Selchow Rechtsfälle, Band 1. Nr. 24. S. 241. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 10. §. 384.

§. 3. In der That läßt sich auch kein einziger erheblicher Grund finden, warum wir hier gerade eine Ausnahme machen wollen, da nach dem gemeinen Recht dem Pfandgläubiger immer erlaubt ist, seine Hypothek zu cediren. Denn durch eine Cession der Lehns-Hypothek wird keiner gefährdet, so wenig der Lehnsherr als der Vasall. Der Lehnsherr nicht, weil er nichts von seinen lehnsherrlichen Rechten verliert. Der Vasall nicht, weil er gleichfals dadurch keinen Schaden leidet, indem, sobald er seine Schuld bezahlt, die Hypothek eben so gut erlöscht, als wenn keine Cession vorgegangen wäre.

§. 4. Aber noch mehr wird dadurch unsre Meinung begründet, wenn wir nur auf die Rechte des Pfandgläubigers, die er auf die ihm verpfändeten Lehngüter hat, sehen wollen. Das Recht, welches der Gläubiger auf das ihm zur Hypothek gesetzte Lehngut, in Absicht seiner Forderung hat, giebt dieser Forderung nicht eine andre Eigenschaft, sie bleibt immer ein und eben dieselbe, es mag nun ein Lehn oder Allodium verpfändet seyn k), so gut also eine Allodial-Hypothek abgetreten werden kann, so gut kann es auch eine Lehns-Hypothek.

Und da es endlich ohne Streit ist, daß nach dem Tode des Gläubigers die demselben constituirte

k) *Struv* syntagm. iur. feud. cap. 4. §. 14. n. 2. in fine.

tuirte Hypothek, auch auf dessen Erben, ohne eine neue lehnsherrliche Bewilligung, gehe, so wird man auch in unserm Fall keine Ausnahme machen können.

§. 5. Zur Behauptung der gegenseitigen Meinung werden folgende Gründe angeführet, deren Unerheblichkeit aber sich aus der Beantwortung ergeben wird.

Den ersten Grund nimt man von der Regel her, nach welcher ein lehnsherrlicher Konsens einschränkend erkläret, und von keinem Fall auf den andern ausgedehnt werden darf. Da hier nun der Konsens blos zur Verpfändung des Lehns, und zwar an den ersten Gläubiger gegeben ist, so darf derselbe auch nicht auf eine Cession ausgedehnt werden.

Allein, wenn gleich der lehnsherrliche Konsens stricte zu erklären ist, so folgt doch daraus das nicht, was man daraus beweisen will. Freilich darf der Vasall das Lehn, unter keinen andern Bedingungen, als die in der lehnsherrlichen Bewilligung enthalten, verpfänden, weil er auf diese Art einigermassen über das Lehn selbst disponiren würde. Allein dies geschieht auch bey der Cession nicht, denn da bleiben immer, wie wir schon gesagt haben, ein und eben dieselben Rechte, sowol in Absicht des Lehnsherren, als des Vasallen.

§. 6. Der zweyte Grund liegt in der Stelle *II. feud.* 55. wo es so heißt: *hac edictali Deo propitio perpetuo valitura lege sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.*

Dieses Gesetz, wie jeder von selbst einsehen wird, redet nicht von Cession, sondern von der Constituirung einer neuen Hypothek, und Veräuserung des Lehns. Da nun durch die Cession einer Lehns-Hypothek keine neue constituiret wird, so leidet das Gesetz hier keine Anwendung.

Zweyhundert ein und zwanzigste Meditation.

Ob und wie weit die dem Hauptschuldner zustehende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dessen Bürgen zum Vortheil gereiche.

§. 1.

Es ist gewis eine der verwickelsten und streitigsten Rechtsfragen: ob dem Bürgen eines Minderjährigen, die von dem letztern nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Statten komme?

Wir hoffen daher unsern Lesern keinen unangenehmen Dienst zu erzeigen, wenn wir bey Beantwortung jener Frage, die gelehrte und mit vielem Scharfsinn geschriebne Dissertation des Herrn Oberappellationsrath Höpfners zum Grunde legen, und einen kurzen Auszug aus derselben liefern.

§. 2. Soll jene Frage bestimmt und ordentlich entschieden werden, so muß man nothwendig auf die verschiednen Fälle, die sich dabey gedenken lassen, Rücksicht nehmen, und darnach die Entscheidung einrichten. — Es ist bekannt,

das die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht immer ein und eben die Ursach zum Grunde habe. Wir wollen also zuerst die verschiedenen Fälle anzeigen, aus welchen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nachgesucht werden kann, und alsdenn von einem jeden besonders reden.

§. 3. Es sind hiebey folgende zwey Hauptfälle von einander zu unterscheiden. Die Restitution entspringt entweder aus dem bürgerlichen oder prätorischen Recht. Im letztern Fall gründet sich die Restitution entweder in einer allgemeinen Ursach, oder sie liegt in der Minderjährigkeit des Hauptschuldners; und da ist wieder zu unterscheiden: ob der Bürge für den Minderjährigen entweder in besonderer Rücksicht auf dessen Minderjährigkeit, oder nur schlechtweg, ohne insbesondre auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, sich verbürget hat.

§. 4. Nachdem wir dieses zum voraus gesetzt haben, wollen wir nun auf jene Frage, nach den von uns abgesonderten Fällen antworten.

Der erste Fall ist dieser: da nämlich ein Minderjähriger, aus den in den bürgerlichen Recht gegründeten Ursachen, die Wiedereinsez-

zung in den vorigen Stand nachsucht l). Hieher gehören die in der *L. 2. C. de rescind. vend. L. 33. ff. de re iudicata* und *L. 31. ff. de iureiurando* liegende Ursachen zur Restitution.

Wenn deswegen ein Minderjähriger im Kauf über die Hälfte verlezt ist: oder wenn ein Urtel, daß aus falschen Zeugnissen oder Dokumenten gesprochen worden, wieder aufgehoben; oder ein geleisteter Eid, wegen neuer aufgefundner Dokumente, retractiret wird: so ist auch ein Bürge, der für einen Minderjährigen gut gesagt hat, nach erlangter Restitution des Minderjährigen von seiner Verbindlichkeit frey m).

§. 5. Der Beweis hievon liegt schon selbst in der Natur der Sache. Denn bey dem Gebrauch jener Rechtsmittel wird blos auf die Sache, keinesweges aber auf die Person gesehen. Ist es aber wahr, daß alle und jede exceptiones reales die dem Hauptschuldner zustehen, auch dem Bürgen zu Statten kommen n): so

l) Ob wir sonst wol den Unterschied unter einer bürgerlichen und prätorischen Restitution nicht als richtig, und den Gesetzen gemäs anerkennen, indem es eigentlich keine in bürgerlichen Gesetzen gegründete Restitution giebt: so verändert doch solches hier die Entscheidung nicht.

m) *Pinellus* ad L. 2. C. de rescind. vend. lib. 2. part. 2. cap. 3. n. 43. 44. *Oddus* de restit. in integrum part. 1. qu. 48. art. 2. n. 25.

n) L. 7. §. 1. ff. de except. §. ult. I. de rept.

müssen wir auch zugeben, daß der Bürge eben sowol, als der Hauptschuldner von seiner Verbindlichkeit befreiet werde.

§. 6. Der zweite Fall ist der: wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem prätorischen Recht, und zwar aus einer allgemeinen Ursach, nachgesucht ist.

Zu diesen allgemeinen Ursachen gehöret, wenn einer aus Betrug, Furcht, Gewalt, zu einer Handlung bewogen worden. Alle diese Ursachen befreien auch den Bürgen von seiner Bürgschaft. Denn so ist in der *L.* 49. *pr. ff. de fideiuss.* o) und *L.* 7. §. 1. *ff. de except.* p) deutlich versehen, daß die Einrede des Betrugs u. s. w. dem Bürgen, auch ohne die Restitution des Minderjährigen, zu Statten komme. Allein wir brauchen unsern Beweis nicht mal so weit herzuholen, da er aufs deutlichste in der *L.* 2. *C. de fideiuss. min.* liegt. In diesem Gesetz heißt es: *si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo iuvatur auxilio, non est dubium, fideiussorem*

o) Si testamento liberatum debitorem heres omittat, fideiussorem autem eius conveniat, *proderit exceptio doli mali fideiussori* propter improbitatem heredis, quæ prodesse res debuerat, si conveniretur.

p) Rei autem coherentes exceptiones etiam fideiussori competunt, *ut rei iudicatae doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est.*

sorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo adparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, utrique personae, tam venditricis, quam fideiussoris consulendum esse.

§. 7. Wir behaupten also, und darin finden wir auch keinen Widerspruch, daß in den von uns in §. 4. 5. 6. vorgetragenen Fällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dem Bürgen nütze. Aber wie, wenn der Bürge sich für einen Minderjährigen verbürget hat, und dieser blos wegen seines minderjährigen Alters sich der Restitution bedienet? Hier bey dieser Frage ist es, wo die Rechtsgelehrten in ihrer Entscheidung von einander abweichen. Uns dünkt, daß man nach dem in §. 3. gemachten Unterschied diese Frage beantworten müsse. Hat nämlich der Bürge sich für einen Minderjährigen in Rücksicht auf dessen minderjähriges Alter verbürget, so bleibt der Bürge, nach der dem minderjährigen Hauptschuldner zugestandnen Restitution, verbindlich. — Hat der Bürge sich aber schlechtweg, ohne auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, verbürget, so wird er durch die Restitution des Minderjährigen zugleich seiner Verbindlichkeit entlediget.

§. 8. Wir wollen nunmehr auch diese unsere behauptete Meinung auser Zweifel setzen. Also in dem Fall bleibt der Bürge immer ver-

haftet, wenn er sich für einen Minderjährigen im Betracht dessen minderjährigen Alters verbürget hat. Selbst die natürliche Billigkeit, ohne einmal auf die Gesetze zu sehen, fordert eine solche Entscheidung. Der Bürge hat nämlich auf den Fall der Restitution gut gesagt, und der Gläubiger hat zu seiner Sicherheit, da er dem Minderjährigen nicht allein traute, sich einen Bürgen stellen lassen. Hier würde also der ganze Zweck der Kontrahenten wegfallen, wenn man behaupten wollte, daß der Bürge, wenn der Minderjährige restituiret wird, auser aller Verbindlichkeit sey.

§. 9. Diese Billigkeit wird aber auch noch durch die Gesetze unterstützet. So wird in der *L. 13. pr. ff. de minor.* dieser Fall ausdrücklich so entschieden: *si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiussoris pro eo: non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi denegeganda erit mandati actio.* Eine genaue Betrachtung dieses Gesetzes lehrt, daß darin die beiden Fälle: wenn nämlich der Bürge in Rücksicht auf das Alter, und wenn er sich schlechtweg verbürget hat, von einander unterschieden werden, so, daß in dem erstern Fall, dem Bürgen die Restitution des Minderjährigen gar nicht zu Statten kommt, da ihm vielmehr die actio mandati gegen den Minderjährigen abgesprochen wird.

§. 10.

§. 10. Es bleibt uns nun noch der letzte Fall übrig: wenn nämlich der Bürge sich schlechtweg, und ohne auf das minderjährige Alter zu sehen, verbürget hat. Hier behaupten wir, daß in einem solchen Fall dem Bürgen, allerdings die Restitution des Minderjährigen zu gute komme, und er folglich von seiner Verbindlichkeit befreiet werde. Wir wollen zuerst die Gründe dieser auch von vielen andern Rechtsgelehrten q) angenommnen Meinung vortragen, und nachher die dagegen vorgebrachte Zweifel beantworten.

§. 11. Es ist einmal bekannt, daß die Bürgschaft ein dem Hauptkontrakt hinzutretender Kontrakt sey. Sobald also der Hauptkontrakt aufgehoben wird, muß auch nothwendig nach der bekannten Regel: daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit auch die Nebenverbindlichkeit aufhören müsse r), die dem Hauptkontrakt ange-

q) *Rebuf* in tr. de rest. in integr. Gloss. 3. n. 6. *Fulgosius* ad L. 2. C. de fid. min. *Fulgin* ad L. 8. ff. de proc. *Oddus* de rest. in integr. p. 1. qu. 48. art. 1. n. 20. *Faber* Coniect. lib. 8. cap. 3. et in Cod. Sabaud. tit. de fideiuss. min. def. 1. *Voetius* ad ff. Tit. de minor. §. 39. *Schulting* Jurispr. ante iustin. ad Paul. sent. lib. 1. Tit. 9. §. 6. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. c. 12. *Coccei* J. C. Tit. de minor. qu. 9.

r) *L. 43. ff. de solut.* In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecæ, pignora: præter quam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta, reus non liberatur.

angehängte Bürgschaft aufgehoben seyn. Sodann ist ferner die Restitution, die in dem minderjährigen Alter ihren Grund hat, eine exceptio realis, diese aber ist nicht blos an die Person gebunden, sondern sie nützet auch eben sowol dem Bürgen, und aus dem Grunde muß ihm auch schon die von dem Minderjährigen nachgesuchte Restitution zu Statten kommen.

§. 12. Allein wir brauchen nur, um die Wahrheit unsrer Meinung zu zeigen, die Gesetze reden lassen. Das erste Gesetz, worauf wir uns berufen, ist die *L. 95. §. 3. ff. de solut.* In diesem Gesetz ist der Fall enthalten, da der Bürge schlechtweg und ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter für einen Minderjährigen gut gesagt hatte, und nachmals dessen Erbe wurde. Hier nun wird gesagt, daß der Bürge, der dem Minderjährigen zugestandnen Restitution, sich bedienen könne. Denn so heißt es: *auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus saluum erit.* Wenn daher dem Bürgen als Erben des Minderjährigen die Restitution noch zusteht, so muß sie ihm auch alsdenn zum Nutzen gereichen, wenn der Minderjährige sich noch bey seinem Lebzeiten in vorigen Stand setzen läßt.

§. 13.

L. 129. §. 1. ff. de reg. iur. Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

§. 13. Der zweyte Beweisgrund unserer Meinung liegt in der *L. 89. ff. de adquir. vel omitt. hered.* wo es heißt: *si pupillus se hereditate abstinent, succurrendum est et fideiussoribus ab eo datis, si ex hereditario contractu convenirentur.* Zwar scheinet dieses Gesetz aus dem Grund für uns nichts zu entscheiden, weil dasselbe nicht von der Restitution, sondern von einem Pupillen redet, dem auch ohne Restitution das beneficium abstinendi zusteht s).

Allein eben der Grund, der da bey einem Pupillen eintritt, tritt auch bey einem Minderjährigen ein. Denn wenn der Bürge eines Pupillen in dem Fall, wenn letzterer von der Erbschaft abstiniret, von der Bürgschaft frey wird; warum sollte eben das bey dem Bürgen eines Minderjährigen nicht Rechtens seyn, besonders da die Bürgschaft für einen Pupillen eben so verbindlich ist, als die für einen Minderjährigen t)?

§. 14. Endlich redet die *L. 51. ff. de procurat.* nicht undeutlich für unsre Meinung: *minor vinginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus caussis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est, quia et ipsi et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur.*

Um

s) L. 57 ff. de adquirend. vel omitt. hered.
t) L. 127 ff. de verbor. oblig. L. 95. §. 4 ff. de solut.

Um unsre Meinung aus diesem Gesetz desto besser beweisen zu können, wollen wir den darin enthaltnen Fall hier anführen.

Ein Minderjähriger hatte sich in einen fremden Prozes als Defensor gemischt. Ohne Sicherheitsleistung, daß man nämlich das, wozu man verurtheilet würde, bezahlen wolle, wurde niemand als Defensor zugelassen u). Diese Sicherheit leistete der Minderjährige seinen Gegner durch Bürgen. In der Folge ließ sich aber der Minderjährige gegen die übernommene Defension in vorigen Stand setzen, und da wird nach diesem Gesetz der Bürge auch von seiner Verbindlichkeit losgesprochen.

§. 15. Es wird uns nunmehr nichts mehr übrig seyn, als die entgegengesetzte Meinung, daß nämlich den Bürgen die Restitution des Minderjährigen auch in dem Fall nichts nütze, wenn jener sich schlechtweg, und ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter, verbürget hat, zu prüfen. Viele Rechtsgelehrte v) sind dieser Meinung, und es fehlet ihnen auch nicht an Gründen sie zu vertheidigen. Wir wollen die Gesetze, worin sie ihre Meinung zu finden glauben, anführen,

u) L. 46. §. 2. ff. de procur. L. un. in fin. C. de satisd.

v) *Donellus* comment. iur. civ. lib. 21. cap. 14. *Vinnius* select. iur. quæst. lib. 1. cap. 11. *Lauterbach* colleg. theor. pract. Tit. de minor. §. 20. *Struv* ex. 8. §. 60.

führen, und darauf sehen, ob daraus ihre Meinung sich beweisen lasse.

§. 16. Die *L. 1.* und *2. C. de fideiuss. minor.* scheinen dem ersten Anblick nach uns gerade entgegen zu stehen, und zu enthalten, daß die Restitution des Minderjährigen dem Bürgen nicht zu Statten komme. Denn so heißt es in dem ersten Gesetz: *postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emtori praestare non cogeris. Sed ea res fideiussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest; quare mandati iudicio, si pecuniam solverint aut condemnati fuerint, convenires, modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non iuvaberis*, und in dem zweyten: *Si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantum modo auxilio iuvatur; non est dubium, fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui.* Ist es nun gewis, daß durch neuere Verordnungen die spätern aufgehoben werden; so scheinet auch der Schluß, daß durch diese Gesetze, die ältern in den Pandekten enthaltne Gesetze aufgehoben worden, seine unumstößliche Richtigkeit zu haben.

§. 17. Allein es ist nicht immer wahr, daß neuere Verordnungen die spätern aufheben, sondern dies geschieht nur alsdenn, wenn solche Aufhebung in den neuern Gesetzen ausdrücklich enthalten ist. Ist das nicht, so bleibt das spätere Gesetz bey seiner Gültigkeit, und leidet nur in

dem,

dem, in den neuern Gesetz enthaltnen Fall, eine Ausnahme. Und so verhält es sich auch hier. Die in den Pandekten enthaltne Gesetze lassen den Bürgen an der Restitution Theil nehmen, wenn er für einen Minderjährigen als einem Majorennen, nicht aber, wenn er für einen Minderjährigen in Rücksicht seines minderjährigen Alters gut gesagt hat. — Die in dem Codex enthaltne Gesetze nehmen den Bürgen gänzlich die Restitution. Wir müssen daher auch diese Gesetze auf einen solchen Fall einschränken, wo der Gläubiger sich aus dem Grunde hat einen Bürgen stellen lassen, weil er mit einem Minderjährigen kontrahirte.

§. 18. Aber wenn wir auch nur etwas genauer jene Gesetze ansehen wollen, so werden wir bald finden, daß sie uns gar nicht entgegenstehen.

Der in der *L. 1. C. de fidejuss. minor* vorgetragne Fall ist dieser: ein Minderjähriger hatte eine Sache verkauft, und seinem Käufer Eviction geleistet, und einen Bürgen gestellet. Der Minderjährige suchte wider den Verkauf Restitution nach, und erhielt sie auch. Hier war nun die Frage: ob der Bürge auf die Eviction belanget werden könne? welche bejahend entschieden wurde, und zwar mit Recht; denn der Bürge hatte sich auf den Fall der Eviction verbunden, und zwar ohne Bedingung, es mogte die Sache von einem dritten oder dem Minderjährigen evinciret werden.

Die

Die Veranlassung zu der in der *L. 2. C. de fideiuss. minor.* enthaltnen Entscheidung ist zwar in dem Gesetz nicht ausgedrückt. Wenn man nun auch nicht annehmen will, daß dieses Gesetz einen gleichen Fall enthalte, so muß man doch wenigstens so viel zugeben, daß dieses Gesetz aus andern so erkläret werden müsse, daß kein Widerspruch unter den Gesetzen entstehe.

§. 19. Die *L. 7. §. 1. ff. de except.* als der zweyte Grund der gegenseitigen Meinung enthält folgendes. *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus factum est. Idem dicitur si pro filiofamilias contra SCtum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quod si dolus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.* In diesem Gesetz wird nicht nur gesagt, daß alle exceptiones reales dem Bürgen zustehen, sondern daß auch dem Bürgen, falls er sich für einen Minderjährigen verbürget habe, die Restitution zu Statten kommen müsse.

§. 20. Aber was man aus jenem Gesetz erweisen will, ist in der That nicht darin enthalten. Paulus, als Verfasser des Gesetzes, macht hier den Unterschied, ob der Minderjährige bey einem Kontrakt in re, oder wie es Ulpian an einem

andern

andern Ort w) nennt *naturaliter* d. i. mehr wegen seines jugendlichen Alters als List des Gegentheils, oder ob er durch arglistige Beredungen hintergangen sey. Ist das leztre, so kann der Minderjährige nicht nur Restitution nachsuchen, sondern auch falls er belangt werden sollte, der Einrede des Betrugs sich bedienen. Und diese Einrede steht dem Bürgen als eine exceptio realis alsdenn zu, wenn gleich der Minderjährige, weder die Restitution nachgesucht, noch jener Einrede sich bedienet hat. Hieher gehören die Worte: *Idem dicitur, si pro filio familias contra SCtum quis fideiusserit, aut pro minore viginti annis circum scripto.* Wenn aber der Minderjährige blos *in re* hintergangen seyn sollte, so hat dieser so wenig als der Bürge die Einrede des Betrugs, weil kein wahrer Betrug da ist, und das wird durch die Worte: *quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio:* angezeigt: So weit geht eigentlich die gesetzliche Entscheidung. Wie aber, wenn der Minderjährige in diesem Fall restituiret wird, kommt die Restitution dem Bürgen auch zu gute? Diese Frage ist in jenem Gesetz nicht entschieden, mithin kann auch dasselbe auf unsern Fall nicht angewendet werden.

§. 21. Endlich beruft man sich noch auf die *L. 25. ff. de fideiuss.* worin es heißt: *Mar-*

w) L. 16. §. 4. ff. de minor.

Marcellus scribit, si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Um aus diesem Gesetz einen Beweisgrund herzunehmen, hat man es so erklärt: Man nimmt nämlich an, daß das Gesetz von einem Pupillen, Unsinnigen und Verschwender rede, der ohne Einwilligung seines Vormundes oder Kurators einen andern gültig verpflichtet sey. Dies geschieht aber, wenn die Verbindlichkeit nicht *ex consensu* sondern *ex re* herrühret. Wenn nun einer von obigen Personen restituiret wird, so ist die Frage: ob der Bürge auch an der Restitution Theil nehme? und diese Frage wird aus dem Grund verneinet, weil die actio mandati nicht Statt findet. Hieraus will man nun die Regel herleiten, daß der Bürge an der Restitution des Minderjährigen keinen Theil nehme.

§. 22. Allein wir haben Grund genug jene Regel zu verwerfen. Sie liegt nicht in dem Gesetz, und kann auch aus demselben nicht erwiesen werden. Denn so redet **Marcellus** von einem Pupillen, Verschwender und Unsinnigen, die entweder aus einem Verbrechen, oder deswegen, weil ihr Nutze befördert ist, einem dritten sich verbindlich gemacht haben. Wie können aber dergleichen Personen von der Verbindlichkeit, den Schaden zu ersetzen, befreiet werden, da die Restitution nothwendig eine Verletzung von Seiten desjenigen, der sie nachsucht, zum voraus:

 setzt.

setzt x). Eben so wenig können wir auch die Worte: *quoniam his mandati actio non competit* auf Bürgen ziehen. Nicht diesen, sondern den Pupillen, Verschwendern und Unsinnigen wird die actio mandati abgeschlagen.

§. 23. Noch einem Einwurf müssen wir begegnen; man setzt uns nämlich folgenden Schluß entgegen: Wenn gleich die Restitution den Minderjährigen von der bürgerlichen Verbindlichkeit befreiet, so bleibt dennoch die natürliche Verbindlichkeit übrig. Da nun der Bürge sich für letztere verbunden, so bleibt er auch noch immer, wenn gleich der Minderjährige restituiret wird, verhaftet. Daß aber nach der Restitution noch eine natürliche Verbindlichkeit da bleibe, sucht man daraus zu beweisen, weil der Prätor durch die Restitution des Minderjährigen zwar die bürgerliche keinesweges aber die natürliche Verbindlichkeit aufheben konnte.

Allein falsch ist es, daß ein Bürge für jede natürliche Verbindlichkeit gleich stark verbunden sey; und wenn wir das auch zugeben, wenn wir auch ferner eingestehen, daß eine natürliche Verbindlichkeit auch nach der Restitution noch übrig bleibe, so konnte ja der Prätor eben so wol den Bür-

x) *L.* 11. §. 3. *ff. de minor.* Sciendum autem est, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponuntur. *Conf. L.* 9. §. 2. *ff. eod. tit.*

Bürgen als den Minderjährigen von ihrer Verbindlichkeit entledigen.

§. 24. Noch hat man gesucht durch einige Distinctionen diese Streitfrage zu entscheiden y). Man macht nämlich den Unterschied, ob dem Gläubiger der mit einem Minderjährigen contrahiret hat, noch eine Klage, um das Seinige zu erlangen, zustehe, oder nicht. In dem ersten Fall soll der Bürge an der Restitution Theil nehmen, nicht aber in dem letztern. Dieser Unterschied soll in den (§. 14. 15.) angeführten *L. 51. ff. de procur.* und in der *L. 89. ff. de adquir. vel omitt. hered.* gegründet seyn. Denn so sagt man, stände nach der *L. 51. ff. de procur.* dem Gläubiger noch eine Klage gegen denjenigen zu, den der Minderjährige vertheidiget hatte; und so nach der *L. 89. ff. de adquir vel om. hered.* den Erbschaftsgläubigern gegen diejenigen, die die Erbschaft antreten.

§. 25. Allein es ist offenbar unrichtig, daß in jenen Fällen dem Gläubiger noch eine Klage zustehe. Denn wie, wenn derjenige den der Minderjährige vertheidiget hat, abwesend oder arm ist; wie, wenn keiner die Erbschaft antreten will, oder die Erbschaft zur Bezahlung der Schulden nicht hinreicht? Würde in diesen Fällen den Gläubigern nicht daran gelegen seyn, daß die Bürgen noch in ihrer Verbindlichkeit

 blie-

y) *Accursius* ad L. 13. ff. de minor.

blieben? Denn was ist wol für ein Unterschied darunter, gar keine Klage, oder eine solche zu haben, die in allem Betracht ohne Nutzen ist z).

§. 26. Noch andre a) nehmen zur Regel an, daß dem Bürgen des Minderjährigen die Restitution nicht zu statten komme, und machen alsdenn eine Ausnahme, wenn der Bürge sich für einen Minderjährigen, der eine gewisse Person z. B. Defensor, Erben vorstellet, verbürget hat, und der Minderjährige hernach durch die Restitution diese Qualität wieder ablegt. Zum Beweis dieser Meinung beruft man sich gleichfalls auf die *L. 51. ff. de procur.* und *L. 89. ff. de adquir. vel omittend. hered.*

§. 27. Dieser Unterschied ist, wie wir bald sehen werden, in jenen Gesetzen nicht gegründet. Denn so ist es falsch, daß derjenige, der sich für einen Minderjährigen, der eine andre Person vorstellt, verbürget hat, von der Bürgschaft frey werde, wenn der Minderjährige durch die Restitution diese Person wieder ablegt b). Ueberdem wird durch die Ausnahme jene Regel über den Haufen gestossen. Denn gesetzt einer hat sich für einen Minderjährigen als Käufer, Pächter u. s. w. verbürget, und der Minderjährige läßt sich wider den Kauf, Pacht resti-

z) L. 6. ff. de dolo malo. L. 12. ff. de minor.

a) S. die in der (Note l) angeführte Rechtsgelehrte.

b) L. 7. pr. ff. iudic. solvi.

restituiren, so bleibt er natürlicher Weise kein Käufer und Pächter mehr. Wird man aber wol behaupten können, daß in diesen Fällen der Bürge immer befreiet werde?

§. 28. Endlich bleibt uns noch übrig die Meinung des Averans c) zu untersuchen. Dieser setzt zur Regel: der Bürge nimt keinen Theil an der Restitution. Die seiner Meinung grade entgegenstehende *L. 51. ff. de procur.* und *L. 89 ff. de adquir. vel omitt. hered.* erklärt er auf folgende Art: Er sagt nach der *L. 89. de adqu. vel omitt. hered.* hatte ein Minderjähriger den Erbschafts-Gläubigern das zu bezahlen versprochen, was ihnen der Erblasser schuldig gewesen, und zur Sicherheit dieses seines Versprechens Bürgen gestellet. So bald nun der Minderjährige restituiret wird, so höret er auf Erbe zu seyn, und die Verbindlichkeit des Erblassers, deren er sich durch die Antretung der Erbschaft unterzogen, höret jetzt in seiner Person auf. Er ist daher immer gegen die Erbschafts-Gläubiger, durch die Einrede des Betrugs gesichert, wenn er von denselben belanget werden sollte, und eben so auch die Bürgen, da jene Einrede auch auf selbige geht d).

§. 29. Um das Ungereimte eines solchen Arguments zu zeigen, brauchen wir nur jenen

c) Interpret. lib. 2. cap. 7.

d) L. 7. ff. de except.

Fall in einen andern zu verwandeln. Wir wollen annehmen, ein Minderjähriger hat dem Käufer wegen der demselben verkauften Sache Eviction versprochen, und deswegen Bürgen gestellet. Dies sein Versprechen ist gewiß auch in der Meinung geschehen, weil er sich dazu schuldig erachtete, indem ein Käufer zur Evictions-Leistung verbunden ist. Wenn nun der Minderjährige gegen den Verkauf restituiret wird, so hört er auf Verkäufer zu seyn, und fällt daher auch die Eviction weg. Er so wol, wie auch der Bürge müssen daher auch gegen den Anspruch des Käufers durch die Einrede des Betrugs gesichert seyn, welches jedoch den Gesetzen e) völlig entgegen ist.

§. 30. Die Erklärung der *L. 51. ff. de procur.* ist völlig erzwungen. Averan sagt: zu jedem Gericht werden nothwendig drey Personen erfordert, nämlich ein Richter, Kläger und Beklagter. Fehlet eine von diesen, so ist das Gericht null und nichtig. Uebernimt nun ein Minderjähriger die Vertheidigung eines dritten, so stellet er die Person des Beklagtens vor, und so bald er sich restituiren läßt, fehlet es an der Person des Beklagtens, mithin ist das Gericht alsdenn null, folglich ist auch die Bürgschaft von selbst aufgehoben.

§. 31. Soll jenes Argument richtig seyn, so können wir auch nunmehro so schliessen. Zu jedem

e) L. I. C. de fideiuss. minor.

jedem Kauf werden zwey Personen, Käufer und Verkäufer erfordert, fehlet eine, so ist auch kein Kauf da. Läßt sich nun der Minderjährige gegen den Verkauf restituiren, so ist kein Verkäufer da, folglich auch kein Kaufkontrakt, und so muß auch natürlicher Weise der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreiet werden.

Wer sollte aber nicht das falsche eines solchen Arguments einsehen. Denn bey jeder Restitution wird ein geschloßner Kontrakt aufgehoben, und so müste es daher immer wahr seyn, daß die Bürgen durch die Restitution von ihrer Verbindlichkeit frey würden.

§. 32. Wie aber, wenn nun einer sich für einen Minderjährigen verbürget hat, wofür soll in zweifelhaften Fällen vermuthet werden; ob nämlich der Bürge schlechtweg, ohne auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, oder in Rücksicht auf die Minderjährigkeit sich verbürget habe? das leztere f) so wol wie das erstre g) behaupten einige Rechtsgelehrte. Uns scheinet hiebey folgender Unterschied gemacht werden zu müssen. Es haben nämlich der Gläubiger und Bürge gewust, daß sie mit einem Minderjährigen kontrahirten; oder einer von demselben hat es nicht gewust. In letzterm Fall kann die Bürg-

f) Donellus com. iur. civ. lib. 21. cap. 14. *Vinnius* select. iur. qu. lib. 1. cap. 11.

g) *Faber* coniectur. lib. 8. cap. 3.

Bürgschaft in Rücksicht des minderjährigen Alters nicht geschehen seyn. In dem ersten Fall muß man darauf sehen, ob nicht aus den vorhergehenden Traktaten etwas geschlossen werden könne. Kann man das aber nicht, so kommt es darauf an; ob der Minderjährige so reich sey, daß er keine Bürgen nöthig gehabt hätte, oder arm, so daß ihm der Gläubiger nicht trauen konnte. Ist das erstre, so vermuthet man, daß die Bürgschaft wegen der Minderjährigkeit geschehen sey: so wie auch in dem leztern Fall immer dafür gehalten wird, daß der Bürge wegen des minderjährigen Alters sich verbürget habe.

Nach eben den in §. 3. 4. 6. 7. vorgetragnen Distinktionen, muß auch folgende Frage entschieden werden: ob nämlich auch der Bürge an der Restitution solcher moralischen Personen, die man den Unmündigen gleich achtet, auch Theil nehme?

Zwey=

Zweyhundert zwey und zwanzigste Meditation.

Ob der Bürge eines Minderjährigen, wenn er Erbe des letztern wird, sich der Wiedereinsetzung in dem vorigen Stand bedienen könne?

§. 1.

Die Entscheidung dieser Frage, hängt von den verschiedenen Fällen ab, die sich dabey denken lassen, und kann daher auch nicht, wie Vinnius h) glaubt, ohne Unterschied beantwortet werden. Dieser behauptet nämlich, daß ein Bürge, wenn er Erbe eines Minderjährigen wird, der Restitution sich immer bedienen könne, weil diese Rechtswohlthat ohnstreitig dem Erben zustehe, und der Bürge hier nicht als Bürge, sondern als Erbe betrachtet würde.

§. 2. Vinnius verfehlet hier aber, wie man bald einsehen kann, den rechten Standpunkt. Denn, wie wenn der Gläubiger den Bürgen nicht als Erbe, sondern als Bürge belangt, und auf das beneficium separationis, wie ihm zu thun frey steht, anträgt? Wir

K 5 sehen

h) Select. iur. quaest. lib. I. cap. II.

sehen schon hieraus, daß zwischen einem Bürgen als Erben, und zwischen einem andern Erben ein großer Unterschied sey. Letzterer kann niemals anders als Erbe belangt werden, daher kann er auch aus der Person des minderjährigen Erblassers die Restitution vorschützen.

§. 3. Es kömmt bey Entscheidung jener Frage lediglich darauf an: ob der Bürge als Erbe des Minderjährigen, auch bey dessen Lebzeiten an der Restitution würde Theil genommen haben; oder nicht. In dem erstern Fall kömmt ihm die Restitution allerdings zu Statten, nicht aber in dem letztern. Denn so bald der Bürge bey Lebzeiten des Minderjährigen an der Restitution würde Theil genommen haben, so kann hier auch der Tod des letztern, und daß der Bürge Erbe des Minderjährigen geworden ist, keine Veränderung machen. Der Bürge kann in diesem Fall so wenig als Erbe belangt werden, weil er aus der Person des Erblassers sich mit der Restitution schützen kann; noch als Bürge aus seiner eignen Person, da er gleichfals durch die Restitution gedeckt ist.

§. 4. Hat aber der Bürge bey Lebzeiten des Minderjährigen diese Rechtswohlthat nicht geniessen können, so hat er sich auch als Erbe derselben nicht zu erfreuen. Denn hier belangt ihn der Gläubiger nicht etwa als Erbe, sondern als Bürge, und kann daher auf das beneficium separationis antragen, nicht etwa in der

Absicht, daß die Güter des Erblassers und Bürgens, sondern daß die Verbindlichkeit des Verstorbenen und Erben von einander abgesondert werden. Daß aber auch hier die Absondrung statt finde, ist auser allem Zweifel, man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, die *L.* 3. *pr. et* §. 1. *ff. de separat.* anzusehen, worin fast ein ähnlicher Fall vorgetragen wird.

Daher wir dieses Gesetz hier nur herzusetzen nöthig haben. *Debitor fideiussori heres extitit, eiusque bona venierunt, quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur, petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus: sive solus sit hereditarius creditor, sive plures, neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.*

§. 5. Der stärkste Zweifel, der uns hier entgegen steht, liegt in der *L.* 95. §. 1. *ff. de solut.* worin gesagt wird: *quod vulgo iactatur, fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. E contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et defensionalem habuit defensionem, nam si minor viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdi-*

dit, et intra tempora in integrum decessit, herede fideiussore, difficile est dicere, causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussor accessit sine contemplatione iuris praetorii; auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extit, intra constitutum tempus salvum erit.

§. 6. Die verschiedne Verbesserungen und Erklärungen, denen dieses Gesetz unterworfen gewesen, sind der Mühe werth, daß man sie näher kennen lernet.

Cujaz i) sucht auf folgende Art jenes Gesetz zu verbessern, er glaubt nämlich, daß statt der Worte: *nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur:* so gelesen werden müsse: *nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberatur.* Diese veränderten Worte erkläret er nachgehends so, er sagt: man müsse darauf sehen, ob die Hauptverbindlichkeit vollkommen sey, so daß aus derselben eine wirksame Klage entstehe; oder ob der Hauptschuldner nur naturaliter verbunden, hingegen die Nebenverbindlichkeit stärker sey. In diesem letztern Fall würde die Verbindlichkeit des Bürgens nicht aufgehoben, weil nicht aus der Haupt- sondern Nebenverbindlichkeit geklagt würde. In dem erstern Fall würde aber die Verbindlichkeit des Bür-

i) Observ. lib. XI. cap. 33.

Bürgens aufgehoben, weil durch die Antretung der Erbschaft beider Verbindlichkeit, sowol des Erbens als Bürgens, mit einander vermischt würden.

§. 7. Wenn nun aber auch durch diese Erklärung das Gesetz in ein helleres Licht gesetzt würde, so können wir doch jener gemachten Veränderung um deswegen nicht beypflichten, weil nicht nur nach dem Zeugnis Wielings k) alle Handschriften einerley Leseart haben, sondern auch das Gesetz ohne einige Aenderung deutlich genug ist.

§. 8. Dieser vom Cujaz gemachten Erklärung folgt auch Faber l). Er sagt: man müsse, im Fall ein Bürge einen Minderjährigen erbe, darauf sehen, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners stärker sey als des Bürgens, oder nicht. — Wäre das erstre, so wäre die Verbindlichkeit des Bürgens aufgehoben, nicht aber in letztern Fall. Und da die Worte des Gesetzes *retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit*, ihm entgegenstehen; so verbessert er das Gesetz durch folgende Leseart: *difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, ac non potius solam manere minoris obligationem, quae principalis fuit.*

Es

k) Lect. iur. civ. lib. 2. cap. 12.

l) Coniectur. lib. 8. cap. 4.

Es wird nicht nöthig seyn hiegegen was zu sagen, da durch die willkührlich unternommene Veränderung der Sinn des Gesetzes ganz entstellet, und solche auch nirgend gegründet ist.

§. 9. Nichts besser ist die unternommene Veränderung des **Leoninus** m), welcher die Verneinungs-Partikel *non* in den Worten *e contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem* ausläßt, und so ließt; *e contrario non potest dici, tolli fideiussoris obligationem.* Diese Veränderung ist dem Sinn des Gesetzes völlig entgegen, wie der angeführte Fall von einem Minderjährigen, und der hinzugefügte Entscheidungsgrund deutlich lehret.

§. 10. Eben das gilt auch von der von **Voorda** n) unternommenen Verändrung, der Statt der Worte: *difficile est dicere causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse* folgendes einschalten will: *difficile est dicere per causam, hoc est obtentu iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse.* Denn selbst durch diese Einschaltung kommt nicht nur kein andrer Sinn des Gesetzes heraus, sondern sie ist auch allen Handschriften zuwider.

§. 11. Allein ohne alle Verändrung ist jenes Gesetz deutlich genug, wie **Wieling** o) gezeigt

m) Lib. 3. emend. cap. 3.

n) Interpr. et emend. cap. 20.

o) Lect. jur. civ. lib. 2. cap. 12.

zeigt hat. Um den Verstand des Gesetzes desto besser einzusehen, setzt er folgende Regeln fest.

Die erste ist: wenn der Hauptschuldner dem Bürgen, oder umgekehrt der Bürge dem Hauptschuldner erbt, so ist die Verbindlichkeit des Bürgens erloschen p). Weil aber diese Konfusion beider Verbindlichkeiten dem Gläubiger nicht schaden kann, steht es ihm frey auf die Separation des Vermögens anzutragen q).

Die zweyte Regel: die Verbindlichkeit des Bürgens bleibt nach der Antretung der Erbschaft gültig, wenn der Hauptschuldner nicht völlig verbunden war. Hier steht dem Gläubiger die actio ex stipalatu gegen den Bürgen zu r).

Die dritte Regel: wenn der Bürge für einen Minderjährigen schlechtweg gut gesagt hat, und nachmals dessen Erbe wird, kommt ihm die Restitution zu Statten s). Der Grund davon ist dieser, weil hier der Bürge, falls er auch kein Erbe des Minderjährigen geworden wäre, an der Restitution würde Theil genommen haben.

Die

p) L. 5. 14. 21. §. 4. ff. de fideiuss. *iunct.* L. 93. et 95. ff. de solut.

q) L. 3. ff. de separt.

r) L. 95. §. 3. ff. de solut.

s) L. 95. ff. de solut.

Die vierte Regel: **ein Bürge, der sich nicht schlechtweg, sondern in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Minderjährigen verbürget hat, kann sich der Restitution nicht bedienen** t).

§. 12. Nach vorausgesetzten Regeln, umschreibt er jenes Gesetz so. Der für einen rechtlichen Grundsatz ausgegebne Satz: **daß ein Bürge, welcher den Hauptschuldner erbet, von seiner Verbindlichkeit, worin er als Bürge gestanden, befreiet werde, aber doch als Erbe verbunden bleibe,** ist alsdenn wahr, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gültig war, und der Erbe desselben von dem Gläubiger belanget werden kann. Denn so oft der Hauptschuldner nur verbunden gewesen ist, wird auch der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreiet. Im Gegentheil wird zuweilen die Verbindlichkeit des Bürgens aufgehoben, wenn gleich die Hauptverbindlichkeit, in Absicht ihrer Wirkung gültig zu seyn, aufgehöret hat; z. B. wenn dem Schuldner aus seiner eignen und persönlichen Vertheidigung die Restitution zusteht, als in dem Fall, wenn jemand einem Minderjährigen auf guten Glauben Geld geliehen, dieser aber das geliehne Geld verschwendet hat, und innerhalb der Zeit, da er sich wegen seines Alters hatte restituiren lassen, gestorben ist. In diesem Fall kann nicht gesagt werden, daß bey Lebzeiten des Min-

t) L. 12. §. 11. ff. mand. L. 13. ff. de minor.

Minderjährigen die Verbindlichkeit durch die Restitution zwar hätte aufgehoben werden können, nicht aber die Verbindlichkeit des Bürgens als Erben, da eben dies diejenige Hauptverbindlichkeit ist, die der Minderjährige kontrahiret hat, und der der Bürge ohne Rücksicht auf jene prätorische Rechtswohlthat beigetreten war. Hier also kommt nicht weniger dem Bürgen als Erben des Minderjährigen die Restitution, welcher der Minderjährige sich bey seinem Lebzeiten hätte bedienen können, innerhalb der gesetzten Zeit zu statten.

Zweyhundert drey und zwanzigste Meditation.

Ob und in wie weit kann sich der Bürge eines Minderjährigen für seine Person auf die Restitution berufen, ohne daß der Minderjährige seine Zuflucht dazu genommen hat?

§. 1.

Es kann sich zuweilen der Fall zutragen, daß der Minderjährige der ihm sonst zustehenden Restitution sich nicht bedient, und entsteht zugleich die Frage: ob sich der Bürge für seine Person auf die Restitution berufen könne? Um diese Frage richtig beantworten zu können,

muß man sich einen solchen Fall gedenken, da die Bürgschaft ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter geschehen ist. Denn hat der Bürge für einen Minderjährigen in Betracht seines minderjährigen Alters gut gesagt; so ist weiter kein Streit, daß ihm so wenig in diesem Fall die bereits erlangte, als die etwa noch nachgesucht werden könnende Restitution des Minderjährigen zu Statten kommen könne.

§. 2. Nehmen wir also an, daß die Bürgschaft ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter geschehen sey, und daß sich der Minderjährige der Restitution nicht bedienen wolle: so muß man darauf sehen, ob die Verbindlichkeit, welcher der Bürge beigetreten, schon erfüllet ist, oder nicht. In dem ersten Fall ist diese Frage auser Streit. In dem letztern kommt es darauf an, ob der Bürge von dem Gläubiger belangt ist, oder nicht. Ist er bereits von dem Gläubiger belangt, so kann er sich mit der exceptio ordinis schützen, falls er nicht dieser Einrede sich begeben hat, oder der Minderjährige arm ist. Sollte dieser letztre Fall eintreten, so steht ihm allerdings eben so gut die Restitution zu, als wenn der Minderjährige wirklich restituiret wäre u).

Wenn aber der Bürge noch nicht belanget ist, so kann er allemal, falls er befürchten sollte, daß

u) L. 32. ff. de fideiuss.

daß die gesetzliche Zeit der Restitution verstrichen, oder der Minderjährige im Abfall seines Vermögens gerathen mögte, dem Gläubiger zu klagen provociren.

§. 3. Sollte endlich der Minderjährige ipso iure sicher seyn, und keiner Restitution bedürfen, so kann auch der Bürge nicht weiter verbunden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit nichtig, so muß es auch die Nebenverbindlichkeit seyn.

Eben so kann es auch kommen, daß die Restitution dem Minderjährigen nichts hilft, wenn sie nicht auch zugleich dessen Bürgen angedeihet. Hier behaupten fast alle Rechtsgelehrte, daß alsdenn dem Bürgen die Restitution allezeit zu Statten komme. Allein man kann das so uneingeschränkt nicht behaupten. Denn so bald sich der Bürge in Rücksicht auf das minderjährige Alter verbürgt hat, hat er sich auch auf den Fall einer Restitution verbürget. Es würde daher höchst unbillig seyn, dem Gläubiger, der sich völlig sicher zu seyn glaubte, in Schaden zu stürzen, und dem Bürgen, der sich doch an dem Minderjährigen erholen kann, frey zu sprechen.

Zweyhundert vier und zwanzigste Meditation.

Zinsen des Verzugs werden nicht bezahlet, wenn eine Forderung mit Arrest belegt ist.

§. 1.

In der drey und zwanzigsten Meditation haben wir angeführet, daß die Zinsen deswegen zu laufen nicht aufhören, wenn der Richter ein Kapital mit Arrest beleget hat; wir haben aber zugleich bemerket, daß dies nur von den gesetzlichen und versprochnen, nicht aber von den Verzugs-Zinsen zu verstehen sey. Dies letztere hat auch seine unbezweifelte Richtigkeit. Zinsen des Verzugs gebühren, selbst dem Wortbegrif nach, nur alsdenn, wenn ein Verzug von Seiten des Zahlers da ist. Dieser fehlet aber, so bald der Richter die Auszahlung untersaget hat v).

§. 2. Aus einem Legat forderte Titius von dem Erben Zinsen, weil er während des Arrestes

v) *Coccei* Tom. 2. resp. 223. n. 2. *Mevius* de arrest. cap. 9. n. 51. *Boehmer* Tom. 2. resp. 411. n. 8. 9. Strube rechtl. Bedenken, Tom. 4. Bed. 193.

stes solches in seiner Verwahr behalten, und nicht gerichtlich deponiret hatte. Nun ist es zwar wahr, daß bey den gesetzlichen und versprochenen Zinsen, solche nicht anders zu laufen aufhören, als wenn das Kapital gerichtlich deponiret ist: allein das kann hier um so weniger behauptet werden, da die Verzugs-Zinsen, nicht eher zu laufen anfangen bis ein Verzug da ist, folglich auch durch die gerichtliche Niederlegung der Lauf noch nicht da seyender Zinsen, nicht gehemmet werden kann. Und das ist doch der Zweck der gerichtlichen Niederlegung, daß der Lauf der Zinsen aufhöre.

§. 3. Der Erbe bewies ferner, theils daß er von den vorräthigen Erbschaftsgeldern, gleich nach Eröfnung des Testaments, die Legaten-Gelder in einem Beutel versiegelt habe, an der Abschickung aber durch den verhängten Arrest gehindert sey; theils daß er diesen Beutel so versiegelt stehen gelassen und das Geld nicht gebraucht, theils auch, daß er, so bald der Arrest losgegeben sey, das vermachte Geld an Titius geschickt habe.

Da hier nun von Seiten des Erben kein Verzug war, auch derselbe das Legat nicht genutzet hatte, so wurde derselbe von Bezahlung der Verzugs-Zinsen frey gesprochen.

§. 4. Hier läßt sich noch die Frage aufwerfen: Wenn der Erbe das Legat, während

des Arrestes auf Zinsen ausgethan haben sollte: ob alsdenn dieser auch schuldig sey, die davon erhobenen Zinsen mit herauszugeben?

Wenn man hier annimmt, daß von einem Legat nur blos Verzugs-Zinsen gebühren, ein Verzug aber in gegenwärtigen Fall nicht da ist; ferner daß es dem Vermächtnißnehmer gleich viel seyn müsse, ob der Erbe, während des Arrestes das Geld benutzet habe oder nicht, da ihm dessen Gebrauch ganz unschädlich ist w): so sollte man beinahe dafür halten, daß die erhobenen Zinsen nicht mit dem Vermächtnis herausgegeben werden müsten. Allein hält man dagegen, daß hier jene vom Erben gehobenen Zinsen, nicht als Verzugs-Zinsen, sondern mehr als ein Zuwachs, oder wenn mans so nennen kan, als Früchte des Vermächtnisses, gefordert werden, und diese allemal nach den Gesetzen dem Vermächtnisnehmer zukommen, ferner in diesen Fall der Erbe, wie uns scheint, als ein negotiorum gestor angesehen werden kann: so ist wol immer mit mehrerm Grunde zu behaupten, daß der Erbe, wenn er während des Arrestes, von dem Vermächtnis Zinsen gehoben hat, solche auch zugleich mit herausgeben müsse.

Zwey-

w) S. Struben a. a. O. am Ende.

Zweyhundert fünf und zwanzigste Meditation.

Einer kann sich um deswillen von Ablegung eines Zeugnisses nicht lossagen, wenn er gleich eidlich angelobet hat, kein Zeugnis in der Sache zu geben.

§. 1.

Es machte Titius, an des Cajus Erben, aus einem mit deren Erblasser kurz vor seinem Ende gehabten gemeinschaftlichen Handels, eine Forderung von 75 Rthlr., und weil die Erben solche ableugneten, auch der Titius keine schriftliche Dokumente darüber in Händen hatte: so schlug er zum Beweis seines Vorgebens, zwey Zeugen vor, welche bey diesem Handel zugegen gewesen waren.

§. 2. Die beyden Zeugen suchten Anfangs dadurch das Zeugnis von sich abzulehnen, theils weil sie nicht als Zeugen bey diesem Handel zugezogen wären, theils ihnen auch die Sache so genau nicht mehr erinnerlich sey. Weil sie aber hiemit nicht durchkommen konnten: so stellten sie endlich vor, sie hätten den Cajus eidlich angelobet, kein Zeugnis in dieser Sache abzugeben, und vermeinten, daß sie ohne Verletzung ihres

Gewissens dem eidlichen Versprechen, nicht zuwider handeln dürften.

§. 3. Es ist bekannt, daß der Regel nach, ein jeder verbunden ist Zeugnis in einer Sache abzulegen, und unter den Ausnahmen von dieser Regel, ist gar nicht der Fall begriffen, wenn jemand eidlich angelobet hat, dieses nicht zu thun; vielmehr erkennen selbst unsere Gesetze x) eine solche Entschuldigung für unzulänglich, und einen solchen Eid für unverbindlich.

Was für Unordnungen würden daraus nicht entstehen, und wie selten würde die Wahrheit einer Sache können entdeckt werden, wenn ein solch eidliches Versprechen, einen vom Zeugnis befreien könnte? Beyde Zeugen wurden daher auch, ihres Einwendens ungehindert, zur Ablegung ihres Zeugnisses angehalten.

Zwey-

x) Cap. 18. X. de testibus. Cap. 4. und 11. X. de testib. cogend. *Gail* Lib. 1. obs. 100. n. 3. 4. *Mevius* P. 4. decis. 20. n. 2.

Zweyhundert sechs und zwanzigste Meditation.

Nach dem Tode des Leibzüchters, fallen die, von der Meyerey auf die Leibzucht mitgenommenen Sachen, dem Meyerstande wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen; eben so wenig auch aus den rückständigen Brautschatzgeldern des Leibzüchters.

§. 1.

Ein Leibzüchter hatte auf der Leibzucht verschiedene Schulden gemacht, und nach dessen Tode, suchte einer von den Gläubigern darum nach, daß zu seiner Befriedigung, das in der Leibzucht befindliche Vieh möchte verkauft werden. Dieses war aber von der Meyerey mit auf die Leibzucht genommen, und fiel daher auch dem Meyerstand wieder zu.

Zwar wollte der Gläubiger behaupten, der Meyer sey als Erbe des Leibzüchters auch verbunden, dessen Schulden zu bezahlen; allein der Meyer ist hier als kein Erbe anzusehen, und erhält nicht, die auf die Leibzucht, von der Meyerey mitgenommenen Sachen, vermöge des Erbrechts, sondern diese fallen ihm als Eigenthums-

 herrn

herrn davon zu. Der Leibzüchter hat von diesen Sachen, so lange er lebt, nur blos den Niesbrauch, und kann so wenig darüber disponiren, als Schulden darauf machen. Sie fallen nach dem Tode des Leibzüchters dem Meyerstande wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen.

§. 2. Ein anders aber ist es, wenn die Leibzüchter auf der Leibzucht etwas erworben, und sich auser den, vom Meyerstande mitgenommenen Sachen, andere angeschafft haben. Hierüber stehet ihnen das Eigenthum zu, und der Meyer ist, wenn er diese als Erbe zu sich nehmen will, auch verbunden, hievon die Schulden des Leibzüchters, so weit sie dazu hinreichen, zu bezahlen y).

§. 3. Hiebey läßt sich noch die Frage aufwerfen: Wenn einer von den Leibzüchtern, der fremd auf den Meyerstand geheirathet hat, noch von seinem Brautschatz oder Erbtheil etwas ausstehen hat, ob auch hieran dessen Gläubiger Anspruch machen könne? Wenn hierüber in den Landesgesetzen nichts verordnet ist: so halten wir dafür, daß, da theils der Brautschatz zum Besten des Colonats inferiret ist, theils auch der Leibzüchter in gewisser Rücksicht dessen, zugleich mit die Leibzucht geniesset, — solcher auch dem

Meyer-

y) Man vergleiche hiemit Strubens rechtl. Bedenken, Th. 5. Bed. 42 und 67.

Meyerstande gehöre, und die Gläubiger des Leibzüchters sich hieran kein Recht anmassen können z).

Zweyhundert sieben und zwanzigste Meditation.

Wer statt einer Hecke, eine Planke setzen läßt, kann die Observanzmäßige Weite wieder herausrücken.

§. 1.

Der Käufer eines Garten, welcher durch eine Hecke von des Nachbars Garten getrennt war, wollte statt derselben eine Planke dazwischen setzen lassen, und rückte zu dem Ende damit drey Fuß weiter heraus. Der Nachbar beschwerte sich darüber, und vermeinte, jener müßte die Planke auf die Stämme der weggenommenen Hecke hinsetzen.

§. 2. Die Observanz, nach welcher derjenige, welcher eine Hecke neben eines fremden Grund und Boden setzet, drey Fuß auf dem Seinigen hereinrücken muß, war sowol, wie auch das

z) Hiebey kann nachgelesen werden Strube rechtliche Bedenken, Th. 3. Bed. 100. und die daselbst angeführten Schriften.

das Eigenthum der Hecke, auser Zweifel. Der Nachbar aber glaubte, daß dieses nicht hinlänglich sey, dem andern zu berechtigen, die Planke drey Fuß weiter, als die Stämme der Hecke zu setzen, und zwar deswegen, weil von demselben noch nicht erwiesen sey, daß zu der Zeit, wie die Hecke gepflanzet worden, auch der damalige Eigenthümer drey Fuß wirklich auf das Seinige hereingerücket sey. Er verlangte also hierüber erst dessen Beweis.

§. 3. Allein der Beklagte konnte mit diesem Beweis nicht beschweret werden. Einentheils konnte der Kläger nicht mal in Abrede stellen, daß der Beklagte beim Einbinden und Beschneiden der Hecke, in seinem Garten gekommen, und das bey der Hecke zu nahe gepflanzte Gemüse bey dieser Arbeit, ohne Widerrede zertreten habe; anderntheils aber, handelte er hier der Observanz gemäß; und wollte daher der Kläger in diesem Fall eine Ausmache verlangen: so war er auch schuldig seine Exception zu beweisen, welches er aber nicht vermogte. Er wurde deshalb auch mit seiner Klage abgewiesen a).

Zwey-

a) Einen ähnlichen Fall mit diesem hat Strube in den rechtlichen Bedenken, Th. 5. Bed. 134.

Zweyhundert acht und zwanzigste Meditation.

Es ist dem Eigenthumsherrn, in gewisser Rücksicht, nicht verboten, seine Brachfelder mit Sommerfrüchten zu bestellen, wenn ein ander auf den Grund und Boden die Hudegerechtigkeit hat.

§. 1.

Es ist in den meisten Ländern, wo die Brache eingeführet ist, gebräuchlich, einen gewissen Theil derselben mit jährlichen Pflanzen, als Flachs, Rüben u. d. gl. zu bestellen. Dieses nennt man die gesömmerte Brache.

In verschiedenen Ländern sind darüber Verordnungen, der wie vielte Theil der Brache, auch mit was vor Früchten solche bestellt werden darf, und gemeiniglich ist dieses eingeschränkt, damit die Hude besonders für das Schaafvieh nicht zu sehr beeinträchtiget werde.

§. 2. In den Ländern aber, wo darüber keine bestimmte Gesetze sind, pflegt gemeiniglich doch, durch die Observanz schon ein Gewisses hergebracht zu seyn, wornach man sich also zu richten hat.

Das

Das Recht der Hude auf des andern Grund und Boden, erstreckt sich aber nicht so weit, dem Eigenthümer das Sommern der Brache ganz zu untersagen.

Es ist zwar gegründet, daß ein Eigenthumsherr, seinen Grund und Boden, zum Nachtheil dessen, dem eine Servitut darauf zustehet, nicht verändern darf b): allein dies kann so weit, wie hier geschehen würde, nicht ausgedehnt werden.

§. 3. Das Bestellen der Brache mit Sommerfrüchten, ist ein Recht, welches uns vermöge des Eigenthums unsers Grundes und Bodens zustehet. Dieses kann uns aber durch die Hudegerechtigkeit eines dritten nicht genommen werden, wenn nicht derselbe hinlänglich erweisen kann, daß ihm diese auch so weit concediret sey, oder er durch eine rechtmäßige Verjährung solches Recht erlanget habe c). Denn bekanntlich muß eine jede Servitut immer eher eingeschränket, als erweitert werden.

§. 4. Wir nehmen hier aber, wie sich von selbst verstehet, an, daß das Sommern der Brache, nach dem im Lande darüber festgesetzten Bestimmungen, es mag nun durch Gesetze oder Observanz seyn, geschehe, und nicht dem zuwider das ganze Brachfeld mit Sommerfrüchten bestellt werde.

Da

b) L. 13. §. 1. ff. de servit. rust. præd.

c) *Hommel* Rhaphsod. Quæst. Obs. 34.

Da sich nun hiernach die Eigenthümer gewisser Ländereyen, worauf dem Pächter eines Guts die Hude zustand, jederzeit bey Bestellung ihrer Brachfelder einschränkten: so konnte auch der Pächter mit seiner Beschwerde, daß ihm durch das Sommern der Brache seine Hude verkleinert würde, nicht gehöret werden, sondern er wurde mit seiner Beschwerde, als ungegründet, abgewiesen.

Zweyhundert neun und zwanzigste Meditation.

Der Käufer ist schuldig, auch alsdenn von den Kaufgeldern Zinse zu geben, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat, oder hat heben können.

§. 1.

Nach geschlossenem Kauf ist der Käufer, sobald ihm die Sache von dem Verkäufer übergeben worden, schuldig, auch von seiner Seite den Kontrakt zu erfüllen, und die einsgewordnen Kaufgelder zu bezahlen. Thut er dies nicht, so ist der Verkäufer berechtiget, von ihm die Zinsen der schuldigen Kaufgelder zu fordern. Diese Verbindlichkeit ist dem Käufer von den Gesetzen auferlegt, und beruhet selbst in der natürli-

türlichen Billigkeit. Nur mögte das zweifelhaft seyn, ob eben diese Gesetze den Käufer zur Zinszahlung verbinden, wenn ihm zwar von dem Verkäufer, die Sache übergeben ist, er aber keine Früchte von derselben gehoben hat. Dem ersten Anschein nach, scheinet hier die Billigkeit den Käufer von der Bezahlung der Zinsen frey zu sprechen. Denn da er keinen Nutzen von der gekauften Sache gehabt hat, so ist es auch unbillig, von ihm Zinsen zu verlangen.

§. 2. Es ist daher kein Wunder, wenn jener Fall von den Rechtsgelehrten nicht auf gleiche Weise entschieden wird d), da theils die Gesetze diesen Fall nicht so deutlich entscheiden; theils die Billigkeit hier für den Verkäufer als Käufer zu streiten scheinet. Wir haben aber schon angeführet, daß wir den Käufer allerdings zur Bezahlung der Zinsen schuldig erkennen, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat.

§. 3.

d) Mit uns stimmen überein *Carpzov* part. 3. const. 30. def. 6. et in resp. lib. 4. Tit. 7. resp. 52. n. 11. *Mevius* part. 6. dec. 33. *Christinaei* decis. vol. 3. dec. 75. *Coccejii* J. C. Tit. de act. emt. vend. qu. 18. *Leyser* sp. 211. n. 1. *Penzel* de usur. citra mor. vel convent. præst. §. 20. Der entgegengesetzten Meinung sind *Covarruvias* res. lib. 3. cap. 4. *Fachineus* lib. 2. cap. 32. *Manzius* dec. Palat. dec. 6. *Berlich* part. 2. concl. 38. n. 14.

§. 3. Der Grund dieser Entscheidung beruhet in der gesetzlichen Regel: nach welcher der Käufer, sobald ihm die gekaufte Sache übergeben, und er in Bezahlung der Kaufgelder säumig, auch zur Verzinsung derselben verbunden ist e). Diese Regel ist ganz allgemein, und selbst der Billigkeit auch in diesem Fall angemessen. Denn wenn gleich der Käufer keine Nuzzungen von der gekauften Sache gehabt hat; so hat er doch der Natur des Kaufkontrakts zuwider, die Kaufgelder nicht nur an sich behalten, sondern auch nutzen können. Hingegen aber hat der Verkäufer nicht blos der verkauften Sachen, sondern auch der Kaufgelder entbehren müssen.

Auf welcher Seite würde hier also der Schade seyn? nicht auf Seiten des Käufers, denn seine eigne Schuld ist es, daß er das, was er schuldig war, nicht sogleich entrichtete; hat er aber wirklich dadurch Schaden gelitten, daß er die gekaufte Sache, ohne davon Früchte zu

e) L. 13. §. 20 ff. L. 5. C. de act. emt. vend. L. 18. §. 1. ff. de usur. L. 2. C. de usur. *Schweder* de usuris pretii tardius soluti. §. 17. Venditor eo ipso, dum mercem tradit, tacite emtorem, ut sibi pretium solvat, admonet, quod ut accipiat, ideo ipsi rem vendit. Si igitur emtor tempus hoc traditionis solutioni pretii quasi præstitutum negligit, haud iniuria ex eo propter moram ad usuras obligatur.

zu geniessen, besessen hat, so kann darauf keine Rücksicht genommen werden f).

§. 4. Allein wir werden nicht besser von der richtigen Entscheidung jener Frage urtheilen können, als wenn wir die gegenseitigen Einwürfe kennen zu lernen uns bemühen.

Die Gründe, worauf sich die gegenseitige Meinung stützet, sind aus den in der (Not. e) angeführten zwey Gesetzen, nämlich der *L.* 13. *§.* 20. *ff.* und *L.* 5. *C. de act. emt. vend.* hergenommen. Die Worte des erstern Gesetzes sind folgende: *veniunt autem in hoc iudicium infra scripta, inprimis pretium, quanti res venit: item usurae pretii post diem traditionis, nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.* Und die *L.* 5. *C. de act. emt. vend.* verordnet folgendes: *curabit Praeses provinciae, compellere emtorem qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor (licet nulla mora intercesserit) generavit.*

Da diese Gesetze von dem Fall reden, wenn der Käufer die Sache hat gebrauchen können, so sucht man durch ein sogenanntes argumentum a con-

f) *L.* 203. *ff. de reg. iur.* Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

a contrario sensu, die gegenseitige Meinung zu beweisen, wenn man so schließt: wenn der Käufer zur Bezahlung der Zinsen, alsdenn verbunden ist, wenn er Nutzungen aus der gekauften Sache gezogen, so folgt, daß er zur Verzinsung der Kaufgelder alsdenn nicht gehalten sey, wenn er keine Früchte gehoben hat.

§. 5. Ehe wir wider diesen Schluß was erinnern, wollen wir beide Gesetze etwas näher betrachten. Es ist wahr, beide Gesetze legen dem Käufer die Verbindlichkeit auf, Zinsen von den Kaufgeldern zu bezahlen, wenn er Früchte von der gekauften Sache gehoben. Aber von unserm Fall reden sie nicht, und können auch nicht auf denselben gezogen werden, besonders da die *L. 5. C. de act. emt vend.* als ein Rescript, nur blos auf den vorgelegten Fall ertheilet ist, und deswegen von einem Fall auf den andern nicht ausgedehnet werden kann.

Und so stehet uns auch das gegenseitige Argument nicht entgegen. Wir brauchen nur, um das zu zeigen, hier anzuführen, daß ein solcher Schluß überhaupt alsdenn nicht statt finde, und aus selbigem nichts herleitet werden könne, sobald derselbe entweder der natürlichen Billigkeit, oder den Gesetzen zuwider ist. Das aber die gegenseitige Meinung mit aller Billigkeit streite, haben wir bereits gezeigt, und bedarf gewiß keines Beweises, wenn wir nur merken wollen, daß die Natur des Kaufkontrakts erfordre, daß jeder

Käufer gleich bezahle; daß er nicht die gekaufte Sache und Kaufgelder zugleich besitzen, und im Gegentheil der Käufer beides entbehren solle.

§. 6. Die Gesetze aber widerstreiten der entgegengesetzten Meinung, und das ist der zweyte Grund, warum wir jenes Argument nicht als richtig gelten lassen können. Welche Worte sind deutlicher als diese: *usuras emtor cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit aequitatis ratione praestare cogitur* g). Wendet man gleich dawider ein, daß dieses Gesetz aus andern erkläret werden müsse, so sehen wir dazu keinen hinlänglichen Grund für uns. Und warum sollten wir denn nicht bey einer gesetzlichen Verordnung bleiben, die nicht nur deutlich ist, sondern selbst mit der Billigkeit aufs genaueste übereinstimmt.

Zwey=

g) L. 2. C. de usur.

Zweyhundert und dreyßigste Meditation.

Dienstbarkeiten, die ein Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, gehen durch einen zwanzigjährigen Nichtgebrauch verlohren.

§. 1.

Der Regel nach gehen alle Dienstbarkeiten durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch verlohren, je nachdem einer gegenwärtig oder abwesend gewesen ist h). Nur solche Dienstbarkeiten, die ein Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, erfordern, falls sie durch den Nichtgebrauch verlohren werden sollen, eine Zeit von zwanzig Jahren. Allein wird bey dieser Zeit denn auch auf die Gegenwart oder Abwesenheit Rücksicht genommen, und wird nicht in dem letztern Fall die Zeit verdoppelt, so daß 40 Jahr verflossen seyn müssen, wenn einer durch den Nichtgebrauch eine solche Dienstbarkeit soll verlohren haben? Viele Rechtsgelehrte i) wollen das zwar behaupten, aber mit

h) L. 13. C. de serv.

i) *Wesenbec* ad ff. Tit. quemad. serv. amitt. n. 6. *Huber* Prael. iur. civ. part. 2. eod. tit. n. 6. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 2.

Recht widersprechen andere k) jener Meinung, und behaupten, daß ohne Unterschied zwanzig Jahr erfordert werden.

§. 2. Die in der *L. 7. ff. quemadm. serv. amitt.* enthaltne Verordnung lautet so: *si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense: quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus, itaque et si alternis annis, vel mensibus quis aquam habeat? duplicato constituto tempore amittitur.* Dieser hier gebrauchte generelle Ausdruck: *duplicato constituto tempore amittitur*, hat zu jener oben angeführten Meinung, nach welcher im Fall der Abwesenheit durch einen 40jährigen Nichtgebrauch dergleichen Dienstbarkeiten verlohren gehen sollen, Anlaß gegeben.

§. 3. Allein daß jene Worte nicht so, wie sie gegenseits genommen werden, können verstanden werden, lehret die *L. 14. C. de serv.* Nachdem in diesem Gesetz die verschiednen Meinungen, über die Verjährungen solcher Dienstbarkeiten angeführet sind, wird hier zum beständigen Gesetz ein zwanzigjähriger Nichtgebrauch festgesetzt. Justinian erwähnt hiebey mit keinem Worte des Unter=

k) *Hahn* ad Wesenb. Tit. quemad. serv. amitt. n. 6. *Caepolla* de servit. cap. 24. n. 4. *Struv* ex. 13. §. 57. *Stryk* U. M. Tit. quemad. serv. amitt. §. 2.

Unterschiedes der Gegenwart und Abwesenheit; ein deutlicher Beweis, daß man also bey dieser Frage keine Rücksicht darauf nehmen dürfe. Es heißt in diesem Gesetz: *nobis placuit ita causam dirimere, ut quia iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereunt, sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quatuor quinquennia, nec uno die, vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amitti viginti annorum desidia, qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, seria poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.*

Zweyhundert ein und dreyßigste Meditation.

Ein unter den streitenden Partheyen getroffener Vergleich ist einschränkend zu erklären, und darf nicht weiter, als worüber er eingegangen ist, ausgedehnt werden.

§. 1.

Titius hatte wider den Kajus zwey Forderungen eingeklagt, nämlich an nach und nach vorgeschoßnen Geldern 200 Rthlr., und aus ei-

nem ihm von dem Sempronius ausgesetzten Vermächtnis, dessen Erbe der Kajus war, 350 Rthlr. Die erste Forderung läugnete der Beklagte schlechterdings ab; und in Ansehung der zweyten gab er vor, daß wegen der zwischen dem Titius und Erblasser entstandnen Feindschaften, das Vermächtnis für wieder genommen müsse geachtet werden.

Aber auf diese Einrede konnte um desto weniger Rücksicht genommen werden, weil erstlich die entstandne Feindschaft nur aus ganz unerheblichen Ursachen entstanden, und zweytens auch der Titius und der Erblasser, nachher wieder freundschaftlich mit einander umgegangen waren.

§. 2. Ehe nun über diese Sache erkannt wurde, hatte der Kläger dem Beklagten, um die Richtigkeit der baar vorgeschoßnen Gelder zu beweisen, einen Eid zugeschoben. Diesen Eid nahm der Beklagte an. Wie darauf ein Termin zur Ausschwörung des Eides angesetzt war, suchte man von Gerichtswegen beide Theile mit einander zu vergleichen. Dieser Vergleich wurde endlich zu Stande gebracht, und folgendergestalt zu Protocoll genommen: ist auf geschehenes vieles Zureden, endlich der Vergleich unter beiden Theilen dahin getroffen worden, daß Kajus sich erkläret, dem Titius für die eingeklagte Forderung eins für alle 115 Rthlr. auszubezahlen, womit denn letzterer unter Nachlassung des dem Beklagten zugeschob-

geschobnen Eides zufrieden, den Vergleich acceptiret, und liti ac causæ renunciiret hat.

§. 3. Nach diesem Verlauf der Sache, hielt Kläger darum an, nunmehro auch wegen der eingeklagten Legaten-Gelder rechtlich zu erkennen. Es erfolgte hierauf folgender Bescheid: dem Suchen des Klägers, als welchem der geschloßne und von Obrigkeit wegen bestätigte Vergleich entgegenstehet, kann nicht deferiret werden. Wider diesen Bescheid interponirte der Kläger die Nullitäts-Beschwerde. Nachdem von beiden Theilen die gehörigen Schriften gewechselt, wurden die Akten nach einer Juristen-Facultät verschicket, und folgendes Urtel ertheilet: daß Beklagter Einwendens ungehindert schuldig sey, dem Kläger die eingeklagte 350 Rthlr. Legaten-Gelder, nebst Zinsen des Verzugs zu bezahlen.

§. 4. Der Hauptgrund, weswegen der Beklagte sich weigerte die 350 Rthlr. auszubezahlen, war, wie wir schon angeführet haben, dieser, weil Titius mit dem Erblasser in Feindschaft gelebt habe. Die Unerheblichkeit dieser Einrede haben wir schon (§. 1.) gezeigt. Es kam also hier nur noch darauf an: ob der getrofne Vergleich auch auf die Legaten-Gelder ausgedehnt werden könne, und folglich diese unter der auf 115. Rthlr. verglichnen Summe mit begriffen sind? Sieht man hier auf den Ver-

gleich, und auf die hier einschlagende Rechte, so wird man das wol nicht behaupten können.

Die oben angeführte Worte des Vergleichs enthalten nicht die mindeste Spur, woraus man schliessen könnte, daß sich Titius wegen beider Fordrungen habe vergleichen wollen. Zudem war der Termin nur blos zur Ausschwörung, des dem Beklagten wegen der baar vorgeschoßnen Gelder zugeschobnen Eides angesetzt, und so war es auch nicht zu vermuthen, daß Titius, dessen beide Fordrungen 550 Rthlr. betrugen, solche auf 115 Rthlr. lassen wollte.

§. 5. Selbst die Rechte treten dieser Behauptung völlig bey.

So ist nämlich bekannt, daß ein jeder Vergleich einschränkend erkläret werden müsse l), keinesweges aber, so bald aus den Worten desselben klar ist, daß er nur wegen einer Sache eingegangen ist, auf andre Sachen dürfe ausgedehnt werden m). Eben so gewiß ist es auch ferner,

l) *L.* 19. §. 1. *ff. de Transact.* Transactio, quæcunque sit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. *L.* 31. *C. de transact.* Si de certa re pacto transactionis interposito hoc comprehensum erat: *nihil amplius peti*: etsi non additum fuerat; *eo nomine*, de ceteris tamen quæstionibus integra permanet actio. *Mevius* part. 6. dec. 149. n. 3. et part. 9. dec. 136. n. 1.

m) *Boehmer* Conf. et resp. Tom. 2. part. 1. dec. 84. n. 8.

ferner, daß eine jede Handlung nach der Intention und Absicht der Partheien müsse beurtheilet werden n). Von beiden Seiten aber fehlte hier offenbahr die Intension sich über beide Posten zu vergleichen; denn so wenig der Kläger als der Beklagte hatten mit einem Wort der Legaten-Gelder gedacht. Wie konnten also diese unter jenem Vergleich mit begriffen seyn, da ein Vergleich nur das in sich begreift, was darin wirklich ausgedrückt ist o)?

§. 6. Aus allen diesen lassen sich nun die, die von dem Beklagten angeführte Gründe, aus welchen er behaupten wollte, daß unter dem getrofnen Vergleich die Legaten-Gelder mit begriffen wären, beantworten. Die Gründe waren aus folgenden Worten des Vergleichs hergenommen: daß **Rajus sich erkläret dem Titius für die eingeklagte Forderung 115 Rthlr. eins für alle auszuzahlen. Und darauf:** *Titius liti ac causæ* **renunciiret hat.**

§. 7. Allein jene beiden Klauseln, lassen sich wol nicht hieher ziehen.

Denn fürs erste heißt es ferner in dem Vergleich: **womit denn Titius unter Nachlassung**

n) *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 12. n. 5.

o) In transactionem tantum ea veniunt, quae sunt expressa. *Boehmer* cons. et resp. Tom. 2. part. 1. resp. 95. n. 17.

sung des dem Beklagten zugeschobnen Eides friedlich.

Dies zeigt schon deutlich, daß blos über die Fordrung, weswegen der Eid zugeschoben worden, der Vergleich eingegangen sey. Fürs zweyte ist in dem Vergleich mit keinem Wort der Legaten-Gelder gedacht worden; wird nun eine Renunciation nie vermuthet p), so kann man auch nicht behaupten, daß in jenen Worten eine Renunciation in Absicht der Legaten-Gelder stecke. Fürs dritte können auch dergleichen Klauseln und Verzichte, wider die Absicht der Partheien nichts bewirken q). Daß aber hier beider Theile Absicht nicht gewesen sey, sich auch dieser Forderung wegen zu vergleichen, das ist aus obigem klar.

Zwey-

p) Nec enim præsumitur renunciatio, aut intelligitur alia quam ex manifestis verbis apparet. Est enim facta stricti juris, strictissime accipienda, præsertim quoad ea beneficia quæ ad defensionem spectant atque favorabilia sunt. *Mevius* part. 1. dec. 99. n. 1. *Boehmer* Cons. et resp. Tom. 2. part. 1. resp. 84. n. 9.

q) *Wernher* Tom. 2. part. 10. obs. 286.

Zweyhundert zwey und dreyßigste Meditation.

Zu der Gültigkeit eines Vertrags über die Erbschaft eines dritten, wird nicht erfordert, daß der Dritte gleich vom Anfang seine Einwilligung dazu gebe.

§. 1.

Ueber die Erbschaft einer dritten Person, wenn dieselbe ungewis ist, ist es erlaubt Erbverträge einzugehen. Ist aber der Dritte eine gewisse bestimmte Person, so muß, falls solche Verträge gültig seyn sollen, dieser darein willigen, und lebenslang bey dieser Einwilligung beharren r).

Ob nun zur Gültigkeit eines solchen Erbvertrags erfordert werde, daß der Dritte gleich zu An=

r) *L. fin. C. de pact.* — sancimus, omnimodo huius pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari: *nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit.* Tunc enim sublata acerbissima spe, licebit eis, illo sciente et iubente, huiusmodi pactiones servare.

Anfang seine Einwilligung gebe, oder ob es genug sey, wenn diese Einwilligung nachher ertheilet werde? Darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Wir behaupten hier das letztere, und halten daher auch einen solchen Erbvertrag, worin der Dritte erst nachher gewilliget hat, für gültig s).

§. 2. Die in der (Note r) angeführte *L. f. C. de pact.*, erfordert nur schlechtweg die Einwilligung des Dritten; sie siehet darauf nicht, wann aber zu welcher Zeit, ob sie vorher, bey den Vertrag selbst, oder nachher ertheilet sey. Hieraus können wir also schon die Folge herleiten, daß es hier nur blos darauf ankomme, ob der Dritte seine Einwilligung gegeben habe, nicht aber, wenn er sie gegeben hat. Selbst die Analogie der Rechte unterstützt diese unsre Behauptung. Fast in allen Fällen, wo die Rechte zur Verbindlichkeit einer Handlung, die Einwilligung des einen oder des andern Theils erfordern, halten sie die Ratihabition oder Genehmigung für hinreichend und eben so wirksam t).

Wir

s) *Klock* Conf. tom. 3. conf. 123. n. 130. *Carpzov* part. 2. const. 35. def. 19. n. 5. *Stryk* de success. ab intest. diss. 8. cap. 2. §. 20. *Wernher* part. 5. obs. 9. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 12. §. 3.

t) Von den Beispielen die wir hier anführen könnten, berufen wir uns nur auf den in der *L. ult. C. de Scto. Maced.* enthaltnen Fall, wo die nacheri-

Wir haben also gewiß keinen hinlänglichen Grund, weswegen wir hier in diesem Fall eine Ausnahme machen wollen, besonders da die Gesetze die nachherige Genehmigung u) einer gleich erfolgten Einwilligung gleich halten.

§. 3. Der Grund, welchen die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten v) aus der *L. 29. ff. de reg. iur.* hernehmen, bedeutet nichts. In diesem Gesetz heißt es: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* — Allein dieses Gesetz widerspricht uns gar nicht, denn wir behaupten ja nicht, daß ein Erbvertrag, wo die Einwilligung des Dritten fehlet, durch die Länge der Zeit gültig werde. Und weiter sagt doch das Gesetz nichts, als daß dasjenige was in Anfang nicht gültig sey, durch die Folge der Zeit nicht gültig werden könne.

---

herige Einwilligung des Vaters, in das von seinem Sohn aufgenommene Darlehn, eben so gültig ist, als wenn sie gleich ertheilet wäre. Es heißt darin: *necesse est enim patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.*

u) L. 60 et 152. §. 2. ff. de reg. iur.

v) *Muscatellus* de success. conc. membr. 1. concl. 3. n. 79. - *Hahn* de iure rerum cap. 14. concl. 78. n. 11.

Zweyhundert drey und dreyßigste Meditation.

Enkel können immer auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn gleich ihre Eltern, derselben sollten entsagt haben.

§. 1.

Bey der Frage: können Enkel auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn ihre Eltern derselben entsagt haben? sind diese beiden Fälle von einander zu unterscheiden; es ist nämlich entweder der Renunciant nach dem Tode seines Vaters oder Mutter, dessen Erbschaft er entsagt hat, oder vor deren Absterben gestorben. In dem ersten Fall wird von allen Rechtsgelehrten einstimmig behauptet, daß Enkel alsdenn keinen Anspruch auf die groselterliche Erbschaft machen können. Allein was den zweyten Fall betrift, so weichen darin die Rechtsgelehrten in ihren Entscheidungen von einander ab. Viele w) behaupten, daß die Enkel auch alsdenn von

w) *Decii* Consil. conf. 181. *Socinus* conf. vol. 2. conf. 67. n. 59. *Mufcatellus* de fucceff. conc. d. 1. membr. 2. n. 247. *Bachov* ad Treutler. vol. 1. difp. 6. et 8. lit. g. *Herold* de iure repræfent. cap. 5. concl. 17. n. 20. 21. *Stryk* de fucceff. ab inteft. diff. 8. cap. 10. §. 76.

von der groselterlichen Erbschaft ausgeschlossen wären; andre x) aber, daß sie ungeachtet jenes von ihren Eltern gethanen Verzichtes zugelassen werden müsten.

§. 2. Ehe wir die Gründe, die für beide Meinungen angeführet werden, anzeigen, wollen wir hier zuerst einen Fall voraussetzen, wodurch eine nähere Untersuchung jener streitigen Frage verursachet wurde.

Eine angesehne Frauensperson, die wir hier Titia nennen wollen, erhielt bey ihrer Verheirathung 4000 Rthlr. zum Brautschatz, muste aber dagegen der väterlichen Erbschaft eidlich entsagen. Einige Jahre nachher starb sie mit Hinterlassung eines Kindes, welchem, da der Vater des Kindes schon vorher gestorben war, Vormünder gesetzt wurden. Kurz nach dem Tode der Titia starb auch ihr Vater, mit Hinterlassung zweyer Söhne, und da dieser ein ansehnliches Vermögen, das sich gewiß auf 20000 Rthlr. belief, hinterließ, machten die Vormünder Nahmens ihres Pupillens auf diese groselterliche Erbschaft An-

x) *Wesenbec* Consil. cons. 11. n. 14. cons. 71. n. 16. *Tiraquel* de iure primogen. qu. 40. n. 113. *Fachinei* contr. iur. lib. 3. cap. 23. *Faber* in C. lib. 2. tit. 3. def. 1. *Carpzov* part. 2. const. 35. def. 11. 12. *Struv* ex. 38. §. 51. *Horn* cons. et resp. class. 16. n. 34. *Hommel* Rhaps. obs. 55. n. 1.

Anspruch. Weil aber ihnen dieser Anspruch von den beiden hinterlaßnen Söhnen streitig gemacht wurde, kam es endlich zu einem weitläufigen Prozeß, der aber doch zum Besten der Vormünder entschieden wurde.

§. 3. Sehen wir hier zuerst auf die allgemeinen rechtlichen Grundsätze, ohne uns an den geschehenen Verzicht der elterlichen Erbschaft zu kehren, so lehren diese schon die Richtigkeit jener Entscheidung. Denn da man nicht sagen kann, daß der Brautschatz an und für sich selbst als der Erbschafts-Theil der Tochter anzusehen sey; so kann man auch nicht behaupten, daß dadurch die Tochter von der elterlichen Erbschaft ausgeschlossen sey, besonders da selbst die Gesetze y) die Töchter mit zur Erbfolge lassen, und nur verordnen, daß sie den Brautschatz conferiren müsse.

§. 4. Wir können zwar nicht leugnen, daß hier jene Grundsätze, in Absicht der Tochter selbst aus der Ursache keine Anwendung leiden würden, weil sie einmal der elterlichen Erbschaft entsagt hat. Allein mit den Enkeln verhält es sich auch wieder ganz anders. Enkel succediren ihren Grosvater nicht aus der Person ihrer Eltern, sondern vermöge des, ihnen in den Gesetzen gegebnen Erbrechts.

Diese

y) L. 19. C. de collat.

Diese sind also, ungeachtet des von ihren Eltern geschehenen Verzichts, zu der groselterlichen Erbschaft immer berechtiget, theils deswegen, weil sie jener Erbschaft nicht entsagt haben, theils weil ihnen durch die Gesetze einmal das Erbrecht gegeben ist.

§. 5. Aber sollte hier dann nicht der Verzicht der Eltern den Enkeln entgegen stehen? Auch dies können wir sicher leugnen. Nicht einmal zu gedenken, daß ein jeder Verzicht einschränkend erkläret werden müsse, und sich nicht weiter als auf die Person dessen, der jenen Verzicht gethan, erstrecke; so scheinet selbst jener Verzicht nur den Fall zu betreffen, wenn nämlich die Erbschaft noch bey Lebzeiten der Tochter ihr würde zugefallen seyn. Da nun in unserm Fall die Tochter vor ihrem Vater gestorben, so war ihr ja noch nicht die elterliche Erbschaft angefallen. Endlich ist es bekannt, daß in dem Fall, wenn der Vater sein Kind enterbet, das Kind aber vor dem Vater verstirbet, diese Enterbung dem Enkel nicht schade, sondern vielmehr für nicht geschehen gehalten werde z). Hieraus läßt sich allemal ein Grund für unsre Meinung um so eher hernehmen, da man von einer Enterbung auf einen Verzicht schliessen kann.

z) L. 6. ff. de iniust. rupt. irrit. fact. testam. L. 10. §. 1. ff. de bon. libert.

§. 6. Müssen denn aber nicht Kinder die Handlungen und Versprechen ihrer Eltern erfüllen a), werden nicht der Erbe und der Verstorbne für eine Person gehalten, und wird daher nicht das, was der Verstorbne gethan, angesehen, als wenn es der Erbe selbst gethan hätte b)?

Allein dadurch, daß Enkel auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen, handeln sie gar nicht wider das Versprechen ihrer Eltern. Denn es succediren Enkel, wie schon gesagt ist, nicht aus der Person ihrer Eltern; eben deswegen kann ihnen denn auch der Verzicht ihrer Eltern nicht in Wege stehen. Zudem haben ja die Eltern nur für ihre Person der Erbschaft entsagt, und diese Entsagung, da sie blos auf die Person eingeschränkt ist, kann sich auch nicht weiter erstrecken.

§. 7. Eben so wenig beweiset auch hier die Regel; daß der Verstorbne und der Erbe für eine Person gehalten würden, etwas. Denn fürs erste ist dies nur blos eine Fiction; fürs andre gehet jene Regel nur auf dasjenige, was der Erbe als Erbe von dem Verstorbnen erhalten hat. In unserm Fall aber, erhalten Enkel die grosväterliche Erbschaft nicht als Erben ihrer Eltern, sondern aus eignem Recht.

Wir

a) L. 31. ff. de liber. cauſ. L. 149. ff. de reg. iur. L. 146. de rei vind.

b) L. 59. et 120. ff. de reg. iur.

Wir haben uns mit Fleis deswegen so kurz gefaßt, weil ein jeder durch sein eignes Nachdenken schon finden wird, daß der Natur der Sache sowol, als den hier einschlagenden Rechten, unsre Meinung weit angemessener als die gegenseitige sey.

Zweyhundert vier und dreyßigste Meditation.

Frauenspersonen können in einem gekauften Lehn (*feudum emtum*) nicht succediren.

§. 1.

Unter einem gekauften Lehn verstehen wir hier ein solches Lehn, daß jemand durch einen Kauf an sich gebracht hat.

Ob nun Frauenspersonen in einem solchen Lehn succediren können, darüber giebt es vier ganz von einander verschiedne Meinungen. Einige behaupten c) andre verneinen es d), noch an-

c) *Clarus* sent. recept. lib. 4. §. feudum qu. 73. n. 6. *Menoch.* Conſ. conſ. 498. n. 17. *Gail* lib. 2. obſ. 159. n. 5. *Coccei* conſ. et reſp. Tom. 1. conſ. 7. diſquiſ. 1. n. 93.

d) *Piſtor* lib. 2. qu. 34. n. 8. qu. 38. n. 47. *Mynſinger* cent. 5. obſ. 73. *Schrader* de feud. part. 7. cap.

andre e) nehmen darauf Rücksicht, ob das Lehn von dem Lehnsherren oder von einem Vasallen an einen andern verkauft ist, im erstern Fall lassen sie die Frauenspersonen zu, nicht aber in den letztern; wieder andre f) behaupten, daß eine Frauensperson alsdenn succediren könne, wenn der völlige Kaufschilling bezahlet, und kein persönlicher Dienst geleistet würde.

§. 2. Ohne uns hier um die Gründe, worauf sich diese verschiednen Meinungen stützen, zu bekümmern, wollen wir hier blos die Gründe anzeigen, aus welchen wir behaupten, daß eine Frauensperson in einem gekauften Lehn nicht succediren könne, und demnächst die uns grade entgegenstehende Meinung widerlegen.

Es ist eine allgemeine und bekannte Regel; daß Frauenspersonen unfähig sind in einem Lehn zu succediren g). Diese Regel muß auch so lange gelten, bis die Gesetze eine Ausnahme davon machen, daß aber in unserm Fall eine Ausnahme davon gemacht sey, das kann man nicht beweisen.

§. 3.

cap. 4. n. 5. *Vulteius* de feud. lib. 1. cap. 9. n. 44. *Carpzov* part. 3. const. 28. def. 9. *Horn* iurispr. feud. cap. 14. §. 8.

e) *Alicatius* in Resp. resp. 170. n. 3.

f) *Socinus* in conf. lib. 1. conf. 65. n. 16.

g) 1. Feud. 8. §. 2.

§. 3. Daß nun ein gekauftes Lehn durch Geld erlangt sey, mithin zu dem uneigentlichen Lehn gehöre, das verändert die Sache gar nicht. Denn fürs erste ist es selbst noch streitig, ob ein gekauftes Lehn ein eigentliches oder uneigentliches sey; und wenn wir auch leztres zugeben wollen, so ist doch fürs zweite bekannt, daß, wenn gleich ein gekauftes Lehn in einem Stück ein uneigentliches Lehn sey, es doch in den andern Stücken, ein eigentliches Lehn bleibe, und also nach dem dabey eintretenden Regeln beurtheilet werden müsse.

Eben so wenig beweiset der Grund, daß ein gekauftes Lehn wie ein Allodium anzusehen sey, und deswegen in Absicht der Succeßion nicht nach dem Lehen, sondern nach den gemeinen Rechten müsse beurtheilet werden, etwas. Denn hier sezt man etwas als bewiesen zum voraus, was erst bewiesen werden muß. Erst muß man beweisen, daß ein gekauftes Lehn einem Allodium gleich sey, und wenn dies erwiesen ist, so ist auch alsdenn erst die daraus gezogne Folge richtig.

Zweyhundert fünf und dreyßigste Meditation.

Unehliche Kinder, wenn sie durch die nachfolgende Ehe ehelich geworden, succediren wie eheliche Kinder, wenn gleich ihr Vater, ehe er ihre Mutter geheirathet, sich mit einer andern verheirathet gehabt hat.

§. 1.

Titius hatte mit der Caja auserhalb der Ehe ein Kind erzeugt, heirathete darauf eine andre Frauensperson, und wie diese starb, verehlichte er sich mit der Caja. In dieser Ehe erzeugte er mit derselben noch drey Kinder. Es starb aber auch bald diese seine Frau, und wie nach einiger Zeit **Titius** gleichfalls verstarb, wollten dessen drey in der Ehe erzeugte Kinder, das vorher auser der Ehe erzeugte Kind nicht mit zur Succeßion lassen; weshalb denn die Frage entstand: ob aus dem Grunde, weil nicht gleich die Ehe mit der Caja vollzogen war, dem Kinde die Succeßions-Rechte abgesagt werden könnten?

§. 2. Die Wirkung der Legitimation, welche durch die nachfolgende Ehe geschieht, besteht überhaupt darin, daß dergleichen legitimirte Kinder,

der, so wie die in einer rechtmäßigen Ehe erzeugte ihren Eltern succediren h). Diese Wirkung legen die Gesetze, ohne den Unterschied zu machen, ob die Ehe gleich erfolgt, oder erst eine andre Ehe dazwischen gekommen, einer solchen Legitimation bey. Aus diesem Grunde können wir also auch nicht hier einen Unterschied, der ohnedem nirgends gegründet ist, machen.

Zudem lehret die Nov. 74. Kap. 2. §. 1. nicht undeutlich, daß darin von dem Fall mit geredet werde, da die Ehe mit der Konkubine nicht gleich erfolgt ist, wie aus diesen Worten klar ist: *omnino enim suis existentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitus natis, nequaquam legitimorum ius eis adiicitur: nisi forsitan per constitutiones nostras, quae dotalium instrumentorum introduxerunt modum.*

§. 3. Diejenigen Gründe, die für die gegenseitige Meinung streiten, der aber wenige Rechtsgelehrte i) zugethan sind, bestehen darin. Man sagt: die Wirkung der Legitimation käme nicht solchen Personen zu statten, die dieselbe verachteten k), und so wäre auch unter dem Worte *nuptiæ* die erste, nicht die zweyte Ehe zu verstehen l).

h) L. 5 et 10. C. de natur. liber. Nov. 12. cap. ult. et Nov. 74. in præf.

i) *Hoenius* disp. ad Inst. 2. §. 16.

k) L. 10. C. de natur. lib. Nov. 89. cap. 8.

l) L. 68. ff. de iur. dot. L. 77. §. 9. ff. de leg. 2.

Allein so kann man wol nicht sagen, daß der Vater dadurch, daß er vorher eine andre Person geheirathet hat, sich der mit der Legitimation verbundnen Wirkung unwürdig gemacht habe. Denn theils betrift in gegenwärtigen Fall, wo es auf die Succeßion des legitimirten Kindes ankommt, die Legitimation die Rechte des Kindes; anderntheils hat ja nachher der Vater die Person, mit der er ein unehliches Kind erzeugt hat, geheirathet.

Und so kann man auch nicht behaupten, daß unter dem Worte *nuptiæ* blos die erste Ehe verstanden werde. Denn wäre das, so würde auch folgen, daß Kinder, die nach der ersten Ehe, auser der Ehe erzeugt werden, durch die Heirath mit der Person, mit welcher die Kinder erzeugt worden, nicht könnten legitimiret werden.

Mit Recht wurde daher, nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten m), obiger Fall zum Vortheil des auser der Ehe erzeugten Kindes entschieden.

Zwey=

m) *Stryk* U. M. Tit. de his qui sui vel alien. iur. §. 11. et in tract. de successſ. ab inteſt. diſſ. 1. cap. 2. §. 62. *Cocceii* J. C. Tit. de his qui sui vel alien. iur. qu. 12. *Boehmer* poſit. de successſ. ab inteſt. cap. 2. membr. 1. §. 34. *Hanneſen* de computat. grad. part. 3. sect. 2. §. 93.

Zweyhundert sechs und dreyßigste Meditation.

Wenn ein Jude den christlichen Glauben annimmt, kann er sich deswegen von seiner jüdischen Frau nicht scheiden lassen.

§. 1.

Die Frage: ob ein Jude sich von seiner jüdischen Frau scheiden lassen könne, wenn er den christlichen Glauben angenommen hat? wird sowol in der heiligen Schrift n), als dem geistlichen Recht o) verneinend beantwortet. Dieser Entscheidung treten auch alle protestantische, ja selbst

n) 1 Corinth. 7. v. 12. 13. Den andern aber sage ich, nicht der Herr: so ein Bruder ein ungläubiges Weib hat, und dieselbe läßt es ihr gefallen bey ihm zu wohnen, der scheide sich nicht von ihr. Und so ein Weib einen ungläubigen Mann hat, und er läßt es ihm gefallen bey ihr zu wohnen, der scheide sich nicht von ihm.

o) *Cap. 7. X. de divort.* Si enim alter infidelium coniugum ad fidem catholicam convertatur, altero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis, vel ut eam pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente: qui relinquitur, ad secunda, si voluerit, vota transibit, et in hoc casu intelligimus, quod ait Apostolus: *si infidelis discedit, discedat: frater enim vel soror non est servituti subiectus in huiusmodi.*

selbst die mehrsten katholische Rechtsgelehrten p) bey. Nach diesen Grundsätzen wurde auch ein deshalb zwischen einem Juden, der ein Christ geworden, und seiner Frau, die sich zwar weigerte den christlichen Glauben anzunehmen, aber dennoch in die Ehescheidung nicht willigen wollte, entstandner Rechtsstreit entschieden.

§. 2. Wir wollen hier nur kürzlich die Gründe, deren sich der Kläger, zur Bewirkung der Ehescheidung bediente, anführen, und dabey deren Unerheblichkeit zeigen.

Er stützte sich auf den Ausspruch des *concilii Poletani IV. cap. 63.* welcher durch das geistliche Recht *c. 10. C. 28. qu. 1.* bestätiget ist, wenn es heißt: *Judaei qui christianas mulieres in coniugio habent, admoneantur ab episcopo civitatis ipsius, ut si permanere cum ei capiunt, Christiani efficiantur. Quod si admoniti noluerint, separentur: quia non potest infidelis permanere in eius coniunctione, quae iam in christianam translata est fidem.*

§. 3.

p) *Ziegler* Jus can. lib. 2. Tit. 12. §. 6. et lib. 2. Tit. 16. §. 6. *Brunnemann* J. Eccl. lib. 2. cap. 17. §. 8. not. *Espen* J. E. part. 2. tit. 15. cap. 1. *Brückner* decis. iur. matr. part. 2. cap. 18. n. 2. seq. *Stryk* U. M. Tit. de divort. §. 4. *Boehmer* J. E. P. Tom. 3. lib. 3. tit. 33. §. 65. Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 141. *Richter* ius matrimonii iudæorum in Germania, tum inter se, tum si alter coniux ad sacra Christianorum transiit.

§. 3. Ferner bezog er sich auf die Verordnung des geistlichen und weltlichen Rechts q), nach welchen die Ehe mit einer ungläubigen Person verbothen, ja sogar, wenn sie geschlossen mit der Excommunication r), und wie ein Ehebruch s) bestraft würde. Endlich führte er noch einige Stellen des alten Testaments t) an, worin

q) *c.* 15. *C.* 28. *qu.* 1. Cave Christiane, gentili aut Judæo filiam tuam tradere. Cave, inquam, gentilem aut Judæam, atque alienigenam, hoc est hæreticam, et omnem alienam fide tua uxorem accersas tibi. *Conf. c. seq.*
L. 6. *C. de Jud.* Ne quis christianam mulierem in matrimonium Judæus accipiat, neque Judææ Christianus coniugium sortiatur, nam si quis aliquid huiusmodi admiserit: adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit, libertatem in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.

r) *c.* 17. *C.* 28. *qu.* 1. Si quis iudaicæ pravitati coniugali societate iungitur, sive Christiana Judæo, sive Judæa Christiano mulier carnali consortio misceatur, quicunque eorum tantum nefas admisisse cognoscitur, a christiano cœtu atque convivio, et a communione ecclesiæ protinus segregetur.

s) *vid. L. 6. C. de Jud. in not. antec. alleg.*

t) 2. B. Moses Kap. 34. v. 16. Und nehmest deinen Söhnen ihre Töchter zu Weibern, und dieselbe dann huren ihren Göttern nach, und machen deine Söhne auch ihren Göttern nachhuren.
5 B. Moses Kap. 7. v. 3. Und sollt dich mit ihnen nicht befreunden, eure Töchter sollt du nicht geben ihren Söhnen, und ihre Töchter sollt du nicht nehmen euren Söhnen.

in die Ehe eines Israeliten mit fremden Völkern untersagt, und wenn sie vollzogen, wieder getrennt worden u).

§. 4. Allein alle diese Gründe, ob gleich aus solchen verschiedne Rechtsgelehrte v) die Ehescheidung einer solchen Ehe haben behaupten wollen, können hier nichts bewirken. Freilich redet die in §. 2. angeführte Stelle deutlich genug; aber wir können diese Verordnung, wegen des offenbaren Widerspruchs, worin sie mit der heiligen Schrift und selbst dem geistlichen Recht steht, nicht befolgen.

Eben so wenig kann man auch aus dem Verbot, sich nicht mit einer ungläubigen Person zu verheirathen, auf die Trennung der Ehe schliessen. Denn so ist fürs erste bekannt, daß in den Rechten oft Handlungen verboten sind, die aber dennoch, wenn sie einmal vollzogen worden, nicht für ungültig erkläret werden w); fürs zwey=

u) Esra Kap. 10. v. 3. So laßt uns nun einen Bund machen mit unserm Gott, daß wir alle Weiber, und die von ihnen gebohren sind, hinausthun nach dem Rath des Herrn, und derer, die die Gebote unsers Gottes fürchten, daß man thue nach dem Gesetz.

v) *Hostiensis* de conversione in fidelium lib. 3. p. 265. *Bellarminus* de matrimonio cap. 12. §. 2. cap. 14. §. 5.

w) *Cap.* 25. *X. de iure iur.* Interdum contractum non dirimit, quod impedit contrahendum L. 1. §. 1. ff. de feriis. L. 85. §. 1. ff. de reg. iur.

zweyte giebt es mehrere Ursachen, die die Schliessung einer Ehe hindern, aber, wenn sie einmal eingegangen ist, nicht trennen.

§. 5. Was endlich das in dem alten Testament enthaltne Verboth anbetrift, daß nämlich Christen sich nicht mit fremden Völkern verehlichen sollten, so betrift das nur die damaligen Juden, und verbindet uns nicht. Zudem war ihnen auch nur die Ehe mit gewissen Völkern, als den **Cananitern, Amonitern** und **Moabitern** untersagt. Wäre jenes Verbot ganz allgemein gewesen, so hätte auch ein Jude eine in die Gefangenschaft gerathne Frau nicht heirathen können x). Und so fällt auch heut zu Tage der Grund jenes Verbots völlig weg. Gott wollte nämlich, daß die Juden als ein von andern Völkern abgesondertes Volk leben sollten. Dieser Grund, als die Bewegungs-Ursach, warum kein Jude aus andern Völkern eine Frau nehmen durfte, findet heut zu Tage keine Anwendung mehr.

§. 6. Aus diesen allen folgt nun, daß das Gesetz von der Unzertrennlichkeit der Ehe, hier allerdings statt finde, und daß daher es keine hinlängliche Ursach zur Ehescheidung sey, wenn ein Jude den christlichen Glauben angenommen hat.

x) 5 Buch Moses Kap. 21. v. 11. Und siehest unter den Gefangenen ein schön Weib, und hast Lust zu ihr, daß du sie zum Weibe nehmest.

hat. Nur blos in dem Fall, wenn der jüdische Ehegatte ihm verläßt, oder ihm beyzuwohnen sich weigert, ist die Ehescheidung zuläßig. Die aus einer solchen Ehe erzeugte Kinder, müssen den christlichen Glauben annehmen y).

Zweyhundert sieben und dreyßigste Meditation.

Wenn ein Lehnsstück wegen Schulden mit Lehnsherrlicher Einwilligung verpfändet ist, so ist der Lehnsherr, wenn ihm das Lehn zufällt, zur Bezahlung der Schuld verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht.

§. 1.

Soll ein Lehn auf eine gültige Weise verpfändet werden, so wird nicht nur die Einwilligung der Agnaten, sondern auch des Lehnsherren erfordert. Wie aber, ist auch der Lehnsherr schuldig, wenn er einmal in die Verpfändung eines Lehnsstücks, wegen der von dem Vasallen aufgenommenen Schuld gewilliget hat, diese Schuld zu bezahlen, wenn ihm das Lehn wieder zufällt?

Ueber

y) c. 10. C. 28. qu. 1. *Boehmer* J. E. P. l. c. §. 67.

Ueber diese Frage wurde zwischen einem Gläubiger und Lehnsherrn gestritten; allein der Lehnsherr, da er nicht läugnen konnte, in die Verpfändung des Lehns gewilliget zu haben, zur Bezahlung der Schuld angewiesen.

§. 2. Diese Meinung, die von den mehresten Rechtsgelehrten z) behauptet wird, stimmet sowol mit der Absicht der Kontrahenten, als auch mit den Grundsätzen des gemeinen und Lehn-Rechts völlig überein. Die Absicht des Gläubigers war unstreitig diese, in Absicht der vorgeschoßnen Gelder völlige Sicherheit zu haben. Zu dem Ende ließ er sich also eine Hypothek geben. Wie wenig aber würde dieser Zweck erreichet werden, wenn mit dem Tode des Vasallen diese Hypothek erlöschen sollte; und ist es wol wahrscheinlich, daß der Gläubiger auf eine solche Art sein Geld würde hergegeben, oder eine solche unzulängliche Sicherheit würde angenommen haben? Aber auch selbst die Absicht des Lehnsherrn ist gewis keine andre gewesen, als dem

z) *Pistor* lib. 2. qu. 48. n. 14. *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. qu. 18. n. 1. *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 11. *Antonii* ius feud. disp. 9. §. 5. not. h. *Struv* Syntag. iur. feud. cap. 14. §. 2. n. 5. Strube rechtl. Bed. Th. 2. Bed. 96. §. 2. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 11. §. 388. *G. L. Boehmer* princ. iur. feud. lib. 1. Sect. 2. cap. 5. §. 270. et lib. 1. Sect. 2. cap. 10. §. 319.

dem Gläubiger, dadurch daß er in die Hypothek gewilliget hat, alle mögliche Sicherheit zu verschaffen, und zwar eine solche Sicherheit, die so lange dauerte, bis das Geld wieder bezahlet worden. Gesetzt aber auch, dies wäre seine Absicht nicht gewesen, so muß doch immer gegen ihn die Auslegung gemacht werden, da er generell und ohne Einschränkung seine Einwilligung gegeben hat.

§. 3. Aber auch selbst die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechts unterstützen unsere Meinung.

Was für ein Recht erlangt denn der Gläubiger auf die ihm gegebne Hypothek? Keinem wird das unbekannt seyn, daß eine jede Hypothek ein dingliches Recht sey, das auf die Sache selbst haftet, und so lange dauret, bis die Schuld völlig bezahlet ist a). Geht nun ferner eine Sache mit der darauf haftenden Hypothek auf einen jeden Besitzer, und kann der Pfandgläubiger sich immer an die Sache halten, es mag sie besitzen wer da wolle b); so kann das hier keinen Unterschied machen, auch keine andre Entscheidung bewirken, wenn das Lehn, und mit demselben das verpfändete Lehns-Stück, dem Lehnsherrn wieder zugefallen ist.

§. 4.

a) L. 5. L. 13. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.

b) L. 16. §. 3. ff. de pign. et hypoth.

§. 4. Eben so muß auch die Einwilligung des Lehnsherrn allerdings auch auf den Fall mit gezogen werden, wenn ihn gleich das Lehn wieder zufallen sollte. Denn ein jeder, der zu einem Kontrakt seine Einwilligung giebt, begiebt sich dadurch des Rechts, was er aus dem Kontrakt gehabt hat c); der Pfandgläubiger kann sich daher allezeit mit der exceptio doli gegen den Lehnsherrn schützen. Ferner, wer einmal seine Einwilligung zu einer Sache gegeben, der ist deswegen immer gebunden, und darf dieser seiner Einwilligung nicht entgegen handeln d). Dies würde aber hier der Fall seyn.

§. 5. Doch selbst in dem Lehnrecht wird unser Fall nicht anders entschieden. Denn so heißt es 1. *feud.* 13. daß alles das, was der Vasall mit Einwilligung des Lehnsherrn unternommen hat, gültig seyn solle, und zwar nicht blos so lange, wie der Vasall das Lehn besitze, sondern wenn es auch dem Lehnsherrn wieder zufalle.

c) *L.* 4. §. 12. *ff. de doli mal. et met. except.* Quæsitum est, si cum fundi usum fructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obiicienda? et hoc iure utimur, ut exceptio doli noceat. *conf.* L. 38. §. 1. ff. de donat. inter vir. et uxor. L. 2. C. de remiss. pign.

d) *Cap.* 21. *de reg. iur. in* 6. Quod semel placuit, amplius displicere non potest. *Conf.* L. 11. ff. de serv. præd. rust. L. 8. ff. de aqua et aqu. pluv. arc. act. L. 14. §. 4. ff. de div. temp. præscr. L. 1. §. 14. ff. quod legat.

falle. *Etsi clientulus fecerit libellum, aut aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine herede legitimo masculo, (quod verbum ita intelligendum in feudo, id est, sine filio masculo) revertitur feudum ad dominum. Si vero cum domini voluntate totum vel medium alienaverit, stabilis permaneat alienatio.* Es ist zwar wahr, daß dieses Kapitel blos von dem Verkauf rede; allein wenn durch den Verkauf dem Lehnsherrn ein weit grösserer Nachtheil, als durch die Verpfändung erwächst: so können wir von jenem als dem grössern, auf diese als dem kleinern mit Recht schliessen.

§. 6. Diesem allen stehen nun nicht die Gründe entgegen, deren sich die von unsrer Meinung abweichende Rechtsgelehrte e) zu bedienen pflegen. Man sagt, jedes Versprechen, jede Verbindlichkeit ist auf den Fall nur zu verstehen, wenn die Sache in eben dem Stande bleibet f). Daher kann auch nur die zur Verpfändung des Lehns gegebne Einwilligung dem Lehnsherrn, so lange präjudiciren, als der Vasall lebet, oder dessen Nachkommen das Lehn erhalten, nicht aber, wenn das Lehn an den Lehnsherrn zurückfällt.

Daß aber die aus den in der (Not. f.) angeführten Gesetzen genommene Regel: *quaelibet pro-*

e) *Zasius* epit. feud. part. 6. n. 27. part. 9. n. 8. et 39.

f) L. 54. §. 1. ff. loc. L. 137. §. 6. ff. de verb. oblig. L. 38. pr. ff. de solut.

promissio et obligatio intelligitur rebus sic stantibus: nicht so allgemein und ohne Einschränkung richtig sey, das ist selbst aus dem im (§. 5.) angeführten Text des Lehnrechts klar. Dort hatte der Lehnsherr bey Lebzeiten des Vasallen seine Einwilligung zum Verkauf gegeben, und dennoch war der Lehnsherr, auch nach dem Tode des Vasallen, und wenn ihm das Lehn wieder zugefallen, an den Kauf gebunden.

§. 7. Wenn aber eine Einwilligung niemals dem Recht desjenigen, der seine Einwilligung ertheilt, schadet g) wenn selbst die Bestätigung einer Handlung oder eines Kontrakts, keinem ein grösseres Recht giebt h) so scheinet auch im gegenwärtigen Fall die Einwilligung dem Lehnsherrn nicht nachtheilig zu seyn, vielweniger ihn zur Bezahlung der Schuld zu verbinden.

Aber jene Einwilligung des Lehnsherrn geht hier auf die Verpfändung des Lehns. Die Eigenschaft einer Verpfändung oder Hypothek, bringt es aber schon von selbst mit sich, daß solche auf jeden Besitzer übergehe, und so lange daure, bis die Schuld bezahlet worden.

g) L. 39 ff. de pign. act. L. 26. C. de adm. et peric. tutor.

h) L. 6 ff. de iurisd. cap. 5. ext. de concess. praebend.

Diesen allgemeinen rechtlichen Grundsätzen hat sich also der Lehnsherr durch die Ertheilung seiner Einwilligung unterworfen.

Und so entstehet hier auch aus der Bestätigung des Kontrakts nichts neues. Denn daß der Lehnsherr zur Bezahlung verbunden sey, das fließt, wie wir schon gezeigt haben, aus der Natur und Eigenschaft der mit seinem Willen constituirten Hypothek.

§. 8. Allein ist nicht jede Begebung eines Rechts einschränkend zu erklären, kann eine Renunciation nicht über die Worte erstreckt werden i), und ist nicht darin selbst ein Unterschied in eine Handlung willigen und daraus verbunden werden?

Dies alles können wir unsrer Meinung unbeschadet zugeben. Denn fürs erste hat die Regel: daß jede Begebung eines Rechts, einschränkend zu erklären sey, nur in zweifelhaften Fällen statt, hier aber ist ein solcher zweifelhafter Fall gar nicht anzutreffen, weil dadurch, daß der Lehnsherr in die Hypothek williget, er sich von selbst seines Rechts begiebt. Fürs andre kann man nicht einmal sagen, daß der Lehnsherr um deswegen verbunden sey, weil er sich seines Rechts begeben habe, sondern er ist deswegen ver-

i) L. 91. ff. de reg. iur. L. 21 ff. de serv. præd. urb. L. 20. de serv. præd. rust.

verbunden, weil einmal die Lehnshypothek nach Vorschrift der Gesetze auf eine gültige Art constituiret ist.

Zweyhundert acht und dreyßigste Meditation.

Wenn auch gleich der Lehnsherr unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts, in die Verpfändung gewilliget hat, so ist er dennoch zur Bezahlung verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht, wenn ihm das Lehn zufällt.

§. 1.

Wir haben in der vorhergehenden Meditation gezeigt, daß ein Lehnsherr, wenn er in die Verpfändung eines Lehnstücks gewilliget habe, zur Bezahlung der Schuld verbunden sey, wenn ihm das Lehn zufällt, und daß keinesweges die Hypothek erlösche. Eben dies behaupten wir auch k), wenn gleich der Lehnsherr, unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts, in die Verpfändung gewilliget haben sollte.

k) *Pistor* lib. 2. qu. 48. n. 1. *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 11. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 7. *Lynker* resp. vol. 2. resp. 10. n. 11.

§. 2. Sehen wir nur blos auf die Absicht der Kontrahenten, so muß uns diese schon so viel lehren, daß jene Klausel nicht die Wirkung nach sich ziehen könne, daß, im Fall das Lehn dem Lehnsherrn wieder zufällt, die Hypothek aufhöre. Denn aus was für Ursach wird zur Verpfändung eines Lehnstücks die Lehnsherrliche Einwilligung erfordert? Gewis aus keiner andern, als daß der Gläubiger gesichert sey, und die Schuld auf alle Fälle bezahlet werde. Williget daher der Lehnsherr in die Verpfändung, so unterwirft er sich auch den daraus entspringenden Folgen, und begiebt sich seines Rechts, was er sonst würde gehabt haben, wenn seine Einwilligung gefehlet hätte.

§. 3. Aber wozu nützet denn jene Klausel, soll dieselbe denn ohne alle Wirkung seyn? Dies ist es, was man uns von der Gegenseite l) einwirft. — Dieser Einwurf läßt sich aber bald heben; denn wenn der Lehnsherr mit Vorbehalt seines Lehnrechts in die Verpfändung williget; so erhält er sich dadurch alle die Rechte, die er als Lehnsherr hat, auser diejenigen, die mit seinem Willen auf einen andern transferiret werden. Dieser Wille ist aber hier klar und deutlich genug, und kann also auch eine solche Protestation oder Reservation hier um deswegen keine Aenderung machen,

l) *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. qu. 8. n. 4. *Paris de Puteo* de reding. feud. cap. 259. n. 3. *Negasantius* de pign. part. 6. membr. 3. n. 26.

machen, weil alsdenn jene Reservation diesem Willen völlig entgegen, und also eine protestatio facto contraria seyn würde, die bekanntlich ohne alle Wirkung ist. Zudem ist es bekannt, daß, sobald eine Verbindlichkeit aus den Gesezzen ihren Ursprung hat, diese Verbindlichkeit durch keine Protestation aufgehoben werden könne m), hier aber ist es einmal durch Gesetze festgesetzt, daß das Pfandrecht auf die Sache hafte, und mit derselben auf jeden Besitzer übergehe. Eben so unnütz daher die Protestation oder Reservation des Schuldners ist, daß der Gläubiger das Pfand nicht verkaufen solle n); eben so unnütz ist auch jene Klausel in diesem Fall.

---

m) *Thomasius* de protestatione facto contraria. §. 35.

n) *Stryk* U. M. Tit. de distract. pign. §. 8. L. 4 et 5 ff. de pignor. act. t. Tit. C. deb. vend. pign. imped. non posse.

Zweyhundert neun und dreyßigste Meditation.

Wenn Agnaten zu der Verpfändung des Lehns ihre Einwilligung gegeben haben, so sind sie auch zur Bezahlung der Schuld verbunden.

§. 1.

Eben die Verbindlichkeit, die dem Lehnsherrn oblieget, die von dem Vasallen contrahirte Schulden zu bezahlen, wenn sich der Gläubiger zur Sicherheit seiner Fordrung eine Hypothek auf das Lehn mit Einwilligung des Lehnsherrn hat geben lassen; eben diese Verbindlichkeit liegt den Agnaten ob, wenn sie nämlich in die Verpfändung blos allein, ohne den Lehnsherrn gewilliget haben o). Es treten hiebey eben die Gründe ein, die wir bereits in den beiden vorhergehenden Meditationen angeführet haben, und lehret dieses auch schon die Natur der Sache. Denn so wie die Agnaten mit deren Einwilligung ein Lehn ver-

o) *Rauchbar* part. 1. qu. 45. *Schulz* ſynopſ. iur. feud. cap. 8. n. 168. *Schrader* de feud. part. 7. cap. 7. n. 42. *Mevius* part. 3. dec. 363. n. 4. *Lynker* deciſ. cent. 6. dec. 542. *Idem* in reſ. diſcept. for. cent. 6. dec. 578. *Stryk* U. M. Tit. quæ res pign. oblig. non poſſ. §. 3. *Wernher* Tom. 1. part. 2. obſ. 495. n. 4.

verkauft ist, den Verkauf nicht widerrufen können p), wenn das Lehn ihnen zufällt: so wenig können sie sich auch weigern eine Schuld zu bezahlen, die mit ihrer Einwilligung von dem Vasallen aufgenommen ist.

§. 2. Man wirft uns zwar von der Gegenseite q) ein, daß keine Lehnshypothek ohne lehnsherrliche Einwilligung bestehen könne, sondern von selbst ungültig sey, und daß sich auch die Agnaten durch ihren Konsens in die Verpfändung zu nichts verbindlich gemacht hätten.

Es ist zwar wahr, daß eine Lehnshypothek ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der nächsten Agnaten nicht gültig sey; aber sie ist nur in so weit ungültig, daß so wenig der Lehnsherr als die Agnaten, wenn ihnen das Lehn zufällt, an die Hypothek, worin sie nicht gewilliget, nicht gebunden, und die Schuld zu bezahlen nicht verbunden sind. Hier aber haben die Agnaten zu der Hypothek ihre Einwilligung gegeben, und wenn daher gleich, wegen des fehlenden Konsenses des Lehnsherrn, die Hypothek selbst nicht angegrif-

p) 2. *feud.* 26. §. 5. quod si consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit, omnino removebitur *conf.* 1. feud. 5. §. 1. *Rosenthal* de feud. cap. 9. n. 2. concl. 77. n. 3.

q) *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 9. *Idem* lib. 4. resp. 67. n. 5. *Idem* lib. 2. dec. 176. n. 17. *Struv* Syntag. iur. feud. cap. 14. §. 22. n. 1. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 11. §. 388.

gegriffen werden kann, so sind doch die Agnaten, vermöge ihrer Einwilligung verbunden, den Gläubiger aus den Früchten des Lehns zu bezahlen. Und wenn gleich die Agnaten sich nicht ausdrücklich zur Bezahlung der Schuld verbindlich gemacht haben, so fließt doch diese Verbindlichkeit schon von selbst aus jener Einwilligung. Denn wozu sollte diese sonst nützen, und wäre es alsdenn nicht eben so gut, als wenn sie gar nicht ihre Einwilligung gegeben hätten?

Zweyhundert und vierzigste Meditation.

Durch die Scheidung vom Tisch und Bette wird die Succession unter den Eheleuten, auch in Absicht des schuldigen Theils, nicht aufgehoben.

§. 1.

Daß durch die Scheidung vom Tisch und Bette, das Band der Ehe nicht aufgehoben werde, ist eine bekannte Wahrheit; eben so wenig geht auch durch diese Trennung das nicht verlohren, was dem einen Ehegatten auf den Todesfall des andern gebühret. Ob aber auch der schuldige Theil, auf den ihm nach den Gesetzen aus der Nachlassenschaft des verstorbenen unschul-

schuldigen Ehegattens zukommenden Theil, Anspruch machen könne? Darüber wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Ehe wir die Gründe anführen, weswegen wir jene Frage bejahen r), wollen wir erst einen Fall voraussetzen, wo über jene Frage gestritten wurde.

§. 2. Eine Frau hatte wider ihren Mann die Sävitien-Klage angestellet, und um die Scheidung von Tisch und Bette nachgesucht. Diese wurde von dem geistlichen Gericht erkannt, und beide Eheleute auf drey Jahre geschieden. Während dieser Zeit starb die Frau, und da hierauf der Mann, auf den ihm den Landesgesetzen nach aus der Nachlassenschaft seiner Frau zukommenden Theil, Anspruch machte, wurde ihm derselbe von den Erben der Frau streitig gemacht.

§. 3. Nicht blos das Ansehen vieler Rechtsgelehrten s), sondern auch die Gesez-

ze

r) *Carpzov* part. 3. const. 26. def. 15. et in def. eccl. lib. 2. tit. 12. def. 215. *Idem* in pr. crim. part. 2. qu. 58. n. 70. *Wernher* Tom. 2. part. 6. obs. 325. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. lib. 3. Sect. 2. Tit. 8. §. 413.

s) *Kohl* de success. coniug. part. 1. n. 38. *Forster* de iure suc. ab intest. lib. 9. cap. 3. n. 30. *Richter* de success. ab intest. Sect. 4. membr. 4. n. 30. *Boehmer* J. E. P. Tom. 4. lib. 4. tit. 19. §. 49. *Stryk* de suc. ab intest. diss. 4. cap. 1. §. 9. *Bardili* de separatione cohabitationis §. 41.

ze t) schienen hier der Behauptung der Erben zu Statten zu kommen.

Denn so findet nach der *L. un.* §. 1. *ff. unde vir. et uxor.* die bonorum possessio unter Eheleuten nicht statt, wenn sie geschieden sind, und so ist es nach der *L. 10.* §. *1. ff. sol. matr.* unbillig, daß der schuldige Theil aus den Gütern des andern unschuldigen Vortheil oder Nutzen ziehe. Dies würde aber hier geschehen, wenn der Mann als der schuldige Theil, den ihm aus der Nachlassenschaft seiner Frau zukommenden Antheil erhalten sollte.

§. 4. Wenn wir nur diese uns entgegen zu stehen scheinende Gründe, etwas näher erwägen wollen; so werden wir finden, daß selbige hier keine Anwendung leiden.

In-

t) *C. un.* §. 1. *ff. unde vir. et uxor.* Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore, sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen iure durat matrimonium: hæc successio locum non habet, hoc autem in huiusmodi speciebus procedit: Liberta ab invito patrono divortit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono; item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.
L. 10. §. 1. *ff. solut. matr.* Si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait: non enim æquum est, virum ob facinus suum dotem sperare, lucri facere. Idemque et e contrario statuendum est.

Es ist bekannt, daß ungeachtet einer Scheidung von Tisch und Bette, die Ehe nicht getrennet werde; daher ist denn auch der Mann schuldig seine Frau zu ernähren. Da er also auf diese Art die Last tragen muß; so ist im Gegentheil auch nichts billiger, als daß er auch den Vortheil geniesse. Zudem ist die Beraubung eines Rechts eine Strafe, Strafen und also auch Beraubung eines Rechts dürfen wir aber nicht anders erkennen, als da wo sie in den Gesetzen auf eine Handlung gesetzt ist.

§. 5. Die gegenseitigen Einwürfe sind auch bald zu heben. Denn die *L. un.* §. 1. *ff. unde vir. et uxor.* redet von der Ehescheidung, nicht aber von der Scheidung von Tisch und Bette. Zwar scheinet dieser Erklärung der Ausdruck: *iure durat matrimonium*, zu widersprechen; allein dies geht nur auf die in den Gesetz erzählte zwey Fälle, wie die Worte: *in huiusmodi speciebus procedit*, anzeigen.

Eben so wenig kann man auch behaupten, daß hier der Mann durch seine Schuld, da er nämlich die Ursach der Scheidung von Tisch und Bette gewesen, was erwerbe, sondern die Gesetze haben ihn einmal einen gewissen Theil an der Nachlassenschaft seiner Frau gegeben, der ihm auch nicht ohne Gesetze genommen werden kann.

Zweyhundert ein und vierzigste Meditation.

Die *auth. praeterea C. unde vir et uxor.* geht auch auf den Mann.

§. 1.

Nach der *auth. praeterea C. unde vir et uxor* succediren Eheleute einander in dem Fall, wenn der verstorbne Ehegatte reich gewesen, der überlebende aber arm ist. Der Theil, den der überlebende erhält, ist aber nicht immer gleich. Denn sind keine Kinder da, so erhält er den vierten Theil als sein völliges Eigenthum; sind aber Kinder da, und zwar drey oder mehrere, so erhält er Kindes Theil, sind weniger da, den vierten Theil, und zwar hat er in diesen beiden letztern Fällen nur blos den Niesbrauch.

§. 2. Geht aber auch diese Verordnung auf den Fall, wenn der Mann als überlebender Ehegatte arm, seine verstorbne Frau aber reich ist? Viele Rechtsgelehrte u) wollen dies läugnen;

u) *Cuiacius* ad Nov. 53. *Ritterhusius* ad Nov. part. 7. cap. 17. n. 9. *Barry* de success. lib. 18. tit. 4. in f. *Gudelin* de iure noviss. lib. 2. cap. 16.

nen; andre v) aber machen hiebey, und so wie wir glauben mit Recht, keinen Unterschied.

Denn nicht einmal zu gedenken, daß die Rechte der Erbfolge wechselseitig sind w) und also das, was bey einem Theil verordnet ist, auch bey dem andern Recht seyn muß: so ist selbst in der Nov. 53. Kap. 6. §. 3. ausdrücklich jene Verordnung auch auf dem Fall gezogen, wenn der Mann arm ist. In dieser Novelle heist es: *haec itaque dicimus si coniunctim alter dotem aut antenuptialem donationem non faciens, inops aut vir aut mulier inveniatur, aut moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper existat.* Bey diesen so klaren Worten, können wir also, wenn wir anders nicht wider die Gesetze reden wollen, nicht behaupten, daß der Mann, wenn er arm ist, nicht unter jener Verordnung der Auth. begriffen sey.

§. 3. Ist denn aber nicht die angeführte Nov. 53. Kap. 6. durch andre Gesetze aufgehoben?

v) *Kohl* de success. coniug. part. 2. n. 70. *Stephani* ad Nov. 53. n. 38. *Gail* lib. 2. obs. 98. n. 5. *Struv* ex. 38. §. 39. *Stryk* de success. ab intest. diss. 4. cap. 1. §. 42. et in U. M. Tit. unde vir et uxor. §. 6. *Boehmer* Cons. et resp. Tom. 2. part. 2. resp. 588. n. 28. *Schilter* ex 41. §. 79. concl. 9.

w) L. 11. C. commun. de success.

hoben? Dies behaupten die Gegner. Zu dem Ende berufen sie sich auf die Nov. 117. Kap. 5. als aus welcher die *auth. praeterea C. unde vir et uxor* genommen ist. Am Ende des angeführten Kapitels wird gesagt: *virum enim in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram legem, ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.*

Allein wir läugnen, daß durch die hier angeführte Worte die quarta oder der vierte Theil, den der arme Ehegatte aus der Nachlassenschaft des verstorbnen reichen Ehegattens erhält, verstanden werde. Es wird hier nämlich von der quarta geredet, die sonst dem Mann, falls er sich von seiner Frau geschieden hatte, zustand, und diese dem Mann in dem Fall abgesagt, wenn die Ehescheidung ohne rechtmäßige Ursachen geschehen war. Dies zeigen die Worte: *quae tamen irrationabiliter exclusa est, in ipso tempore expulsionis partem iubemus accipere, quae continetur hac lege:* deutlich an. Es ist also durch diese Verordnung nicht die Nov. 53. Kap. 6. sondern vielmehr die Nov. 22. Kap. 18. abgeändert.

Zwey-

Zweyhundert zwey und vierzigste Meditation.

Wenn der überlebende arme Ehegatte mit Ascendenten oder Seitenverwandten concurriret: so erbt er mit denselben zu gleichen Theilen, wenn mehrere als drey da sind.

§. 1.

Wir haben schon in der vorhergehenden Meditation erinnert, daß der Theil, den der überlebende arme Ehegatte, aus der Nachlassenschaft des verstorbnen reichen Ehegattens erhält, nicht immer gleich sey; sondern daß es darauf ankomme; ob entweder drey oder mehrere Kinder mit ihm concurrirten, als in welchem ersten Fall er den vierten, in dem letztern aber Kindes Theil erhält.

§. 2. Wenn nun aber gar keine Kinder, sondern Ascendenten oder Seitenverwandte da sind; wird auch alsdenn bey Bestimmung des Theils, den der überlebende Ehegatte erhält, auf die Anzahl Rücksicht genommen, oder erhält alsdenn ohne Unterschied der Ehegatte den vierten Theil? Letzters wollen einige Rechtsge-

 lehrte

lehrte x) daher behaupten, weil in der Nov. 117 Kap. 5., da wo der Theil des überlebenden Ehegattens festgesetzt wird, nur blos allein von Kindern geredet, in der Nov. 53. Kap. 6 aber den überlebenden Ehegatten der vierte Theil zugesprochen wird. Sie glauben daher, daß die Nov. 117. Kap. 5. nicht auf dem Fall erstrecket werden könne, wenn Ascendenten oder Seitenverwandte da sind.

§. 3. Nach der Nov. 53. Kap. 6. gebührte freylich den überlebenden Ehegatten beständig der vierte Theil. Denn so heißt es: *et sicuti scripsimus legem volentem, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiae accipere eam; sic etiam hic, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filios, quartam partem eius substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint.*

Von dieser Verordnung weicht die Nov. 117. Kap. 5. ab, die, bey Bestimmung des Theils auf die Zahl der Kinder Rücksicht zu nehmen, befiehlet. Freilich wird darin nur blos der Kinder erwähnt; allein die am Ende der Novelle enthaltne Worte: *si vero talis mulier filios ex eo non habuerit: iubemus etiam dominii iure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem iussimus legem*, zeigen deut-

x) *Rittershusius* ad Nov. part. 7. cap. 17. n. 11. *Struv* ex 38. §. 39.

deutlich an, daß es dem Willen des Gesetzgebers allerdings gemäs sey, auch auf die Anzahl der mit dem überlebenden armen Ehegatten concurrirenden Ascendenten und Seitenverwandten zu sehen. Daher ist denn auch diese Meinung von den mehrsten Rechtsgelehrten y) angenommen.

Nur der Unterschied ist zu merken, daß, wenn keine Kinder da sind, der überlebende Ehegatte den ihm zukommenden Theil als sein völliges Eigenthum erhalte.

---

y) *Grass* recept. sent. §. successio ab intestato qu. 40. n. 2. *Barry* de successione lib. 15. tit. 4. n. 11. *Kohl* de success. coniug. part. 2. n. 69. *Schilter* ex 41. §. 79. concl. 8. *Stryk* de success. ab intest. diss. 4. cap. 1. §. 41. et in U. M. Tit. unde vir et uxor §. 7.

Zweyhundert drey und vierzigste Meditation.

Ein Vermächtnis, welches unter der Bedingung hinterlassen worden, wenn der Vermächtnisnehmer 20 Jahr alt seyn wird, kann nicht eher, als bis nach zurückgelegten 20 Jahr gefordert werden, und geht also nicht auf dessen Erben, wenn der Vermächtnisnehmer eher gestorben ist.

§. 1.

Titius hatte in seinem Testament dem Kajus folgendes Vermächtnis hinterlassen: daneben ist mein Wille, daß mein Erbe Sempronius dem Kajus, wenn er 20 Jahr alt seyn wird, 1000 Rthlr. auszahle.

Kajus starb in dem 20 Jahr seines Alters, und weil seine Erben die Auszahlung des Vermächtnisses von dem Sempronius verlangten, wozu sich dieser aber nicht verstehen wollte, kam es unter beiden zu einem Rechtsstreit.

§. 2. Die Entscheidung jenes Rechtsstreits beruhet vornämlich auf der Frage: ob bey einem solchen Vermächtnis es genug sey, daß der Ver-

mächtnisnehmer die bestimmten Jahre erreichet, oder ob er sie wirklich zurückgelegt haben müsse? Diese Frage wird in der *L. 49. pr. ff de leg.* I. so beantwortet: *si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo iure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit: et ita Imperatorem decrevisse Marcellus scripsit.* Nach diesem Gesetz wird also jene Frage verneinend entschieden, und ist es folglich nicht genug, daß in unserm Fall der Vermächtnisnehmer in das 20 Jahr getreten sey, sondern es wird vielmehr erfordert, daß er jene Jahre wirklich erreicht habe.

§. 3. Hieraus können wir also obigen Fall entscheiden, ja selbst die Gesetze verordnen noch dazu ausdrücklich, daß ein solch Vermächtnis nicht auf Erben gehen solle. So heißt es in der *L.* 49. §. 3. *ff. de leg.* I. et ideo siquidem ante decimum quartum annum decesserit, *ad heredem nihil transit;* certe postea ad heredem transfert. Dieses Gesetz redet zwar von dem Fall, wenn der Vermächtnisnehmer vor dem 14ten Jahr stirbt; aber dies schadet um so weniger unsrer Meinung, da es mehrere Gesetze giebt, die deutlich genug für unsre Meinung reden. Wir beziehen uns deßfalls auf die *L.* 22. *ff. quand. dies leg. ced.* und auf die *L.* 48. *ff. de cond. et demonst.* In erstern heißt es: *Si Titio, cum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est*

ad heredem eius legatum non transire, und in letztern: *non putabam diem fideicommissi venisse, cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cum ad annum sextum decimum pervenisset, et ita etiam Aurelianus Imperator Antoninus ad appellationem ex Germania iudicavit.*

§. 4. Diesen Gesetzen scheinet die *L. 74. §. 1. ff. ad Sct. Trebell.* gerade entgegen zu stehen, als worin gesagt wird, daß es genug sey, wenn der Vermächtnisnehmer in das 20 Jahr getreten sey. Ehe wir zeigen, daß dieses Gesetz uns gar nicht widerspreche, wollen wir dasselbe einrücken. *Fabius Antoninus impuberem filium Antoninum et filiam Honoratam relinquens, ex heredatis his matrem eorum Juniam Valerianam heredem instituit, et ab ea trecenta et quasdam res filiae reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonino, cum ad annum 20. pervenisset, voluit restitui; quod si ante annum 20. decessisset filius, eam hereditatem Honoratae restitui praecepit. mater intestata decessit, utrisque libris legitimis heredibus relictis. postea filius annum agens plenum nonum decimum, et ingressus vicesimum, nedum tamen eo expleto decessit, filia herede Pavia Valeriana sua relicta, a qua amita fideicommissum et ex testamento patris portionem hereditatis petebat, et apud Praesidem obtinuerat. tutores Valerianae filiae Antonini, egestatem eius praetendebant, et recitabant divi Hadriani constitu-* tio-

tionem, in qua, quantum ad munera municipalia iusserat eum annum, quem quis ingressus esset pro impleto haberi. Imperator autem noster motus et aequitate rei, et verbis testamenti: si ad annum vicesimum aetatis, quamvis se scire diceret, a divo Marco non excusatum a tutela eum, qui septuagesimum annum aetatis ingressus fuisset, nobis et legis Aeliae Sentiae argumenta proferentibus, et alia quaedam contra petitricem pronunciavit.

§. 5. Es ist wahr, dieses Gesetz ist deutlich genug, und der darin erzehlte Fall, und beigefügte Entscheidung desselben lehret, daß daselbst, der Anspruch der *Honorata*, auf das ihren Bruder *Antoninus*, unter der Bedingung hinterlaßne Fideicommis; daß wenn er vor dem 20. Jahr stürbe, dasselbe seiner Schwester restituiret werden solle, für gegründet gehalten sey, ob gleich *Antoninus* in dem 20 Jahr gestorben war, und also dasselbe noch nicht völlig zurückgelegt hatte.

Vergleichen wir dieses Gesetz mit der von uns angeführten *L. 49. pr. ff. de leg.* 1. und *L. 48. ff. de cond. et dem.* so werden wir finden, daß der von uns erzehlte Fall nach jenen beiden Gesetzen, nicht aber nach der *L.* 74. §. 1 *ff. ad Sct. Trebell.*, müsse entschieden werden.

In diesem Gesetz wird nämlich nur das Dekret Antoninus Caracallus angeführt; in den

beiden erstern Gesetzen aber, das Dekret des Antoninus Pius, und der in dem *L. 74. pr. ff. de leg. 1.* enthaltne Ausdruck: *certo iure utimur*, zeigt schon an, daß unsere Meinung die von den Gesetzen angenommene sey, besonders da selbige noch durch mehrere Gesetze z) bestätiget worden ist.

§. 6. Eben so wenig widerspricht uns auch die *L. 5. C. quand. dies leg.*, als worin folgendes enthalten ist: *ex his verbis, do lego Aeliae Severinae filiae meae, et secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo si Aelia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est: ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis non subtracta fuisset, vicesimum quintum annum aetatis implesset. Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse iurisprudentibus placuit.*

§. 7.

z) *L. 5. C. quand. dies leg.* — non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse, iurisprudentibus placuit.

§. 7. Das Vermächtnis, wovon jenes Gesetz redet, war ohne alle Bedingung hinterlassen, und nur die Zeit, wenn das Vermächtnis ausgezahlt werden sollte, bestimmet. Ein solch Legat ist gleich fällig, es kann aber nicht eher, als bis zur festgesetzten Zeit, gefordert werden. Wenn deswegen der Vermächtnisnehmer vor der zur Auszahlung des Vermächtnisses bestimmten Zeit stirbt, so transferiret er das Vermächtnis allerdings auf seine Erben, und diese können also auch zu seiner Zeit dasselbe fordern.

Zweyhundert vier und vierzigste Meditation.

Das Vermächtnis eines Lehnstücks ist ungültig, und der Werth desselben braucht nicht erstattet zu werden.

§. 1.

So wenig ein Vasall über das Lehngut testiren kann a), eben so wenig kann er auch ein Lehnsstück, ohne Willen des Lehnsherrn, einem Fremden vermachen b). Es entsteht hiebey die Frage: wenn ein Vasall ein Lehnstück einer frem-

a) I. feud. 8.

b) II. feud. 9. §. 1.

fremden Person vermacht habe, ob nicht wenigstens der Werth desselben, dem Vermächtnißnehmer müsse gegeben werden? Wir tragen kein Bedenken diese Frage zu verneinen c), und hoffen durch folgende Gründe, die Richtigkeit unserer Behauptung auser allen Zweifel zu setzen.

§. 2. Jeder muß ohne Zweifel zugeben, daß ein Lehn eine solche Sache sey, worüber man nicht frey disponiren könne, daß daher solches nicht in commercio sey. Wenn man nun über Sachen, die nicht in commercio sind, kein Vermächtnis machen kann, und wenn es ja geschehen, der Werth derselben nicht erstattet wird d), so können wir daraus schon die Folge auf gegenwärtigen Fall herleiten. Wir finden selbst ähnliche Beispiele e), wo nach jenem Grund-

c) *Rosenthal* de feud. cap. 7. n. 10. *Vulteius* de feud. lib. 1. cap. 9. n. 150. *Christinaei* decis. vol. 5. dec. 28. *Gail* lib. 2. obs. 154. n. 14. *Struv* syntag. iur. feud. cap. 9. §. 12. n. 9. *Leyser* sp. 380. n. 3. *G. L. Boehmer* princ. iur. feud. lib. 1. Sect. 2. cap. 8. §. 293.

d) §. 4. *I. de leg.* Sed si talis sit res cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec aestimatio eius debetur: veluti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti tale legatum est.

e) *L.* 39. §. 10. *ff. de leg.* 1. Sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimonii reducta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aesti-

Grundsatz gesprochen, und ein Vermächtnis, über Sachen, die nicht in commercio sind, für ungültig erkläret ist. Ist deswegen ein Vermächtnis über ein Lehnstück ungültig, so kann solches auch gar keine Wirkung hervorbringen f). Dies würde aber geschehen, wenn der Erbe schuldig wäre, den Werth desselben zu bezahlen.

§. 3. Die Gründe, welche die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrte g) anzuführen pflegen, sind nicht so stark, daß sie eine andre Entscheidung bewirken könnten. Wir werden dies am besten zeigen können, wenn wir die Gesetze, worauf sich diese Meinung stützet, einer kurzen Prüfung unterwerfen.

§. 4. Den ersten Grund nimmt man her aus der *L.* 114. §. 5. *ff. de leg.* 1. worin es heißt: *si quid alicui licite fuerit relictum, vel ius aliud quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere protuit, quanti solet com-*

æstimatio eorum debet præstari, quoniam commercium eorum, nisi iussu principis, non sit: cum destrahi non soleant. *Conf. L.* 49. §. 2. *de leg.* 2.

f) L. 5. C. de leg.

g) *Stryk* U. M. Tit. de legat. §. 15. *Horn* iurisprud. feud. cap. 14. §. 8. *Hellfeld* iurispr. feud. cap. 11. §. 368. *Crell* utrum feudo legato eius æstimatio debeatur.

comparari, tantam aestimationem accipiet. In diesem Gesetz wird gesagt, daß, im Fall die vermachte Sache dem Vermächtnisnehmer nicht übergeben werden könne, der Werth derselben erstattet werden müsse.

Allein es wird in jenem Gesetz offenbar von einem solchen Vermächtnisnehmer geredet, der durch einen Zufall, nicht aber wegen einer ihm entgegenstehenden rechtlichen Verordnung, gehindert wird, die vermachte Sache nicht in Besitz nehmen kann. Es unterscheidet daher **Marcianus** als Verfasser des Gesetzes, die beiden Fälle von einander: ob es nämlich eine solche Sache betrift, die nicht in commercio des Vermächtnisnehmer ist, oder eine solche, die demselben bey seinem jetzigen Umständen nichts nützen kann, und in diesem letztern Fall, wird dem Vermächtnisnehmer der Werth zuerkannt.

§. 5. Der zweyte Grund liegt in der *L.* 40. *ff. leg.* 1. worin folgendes verordnet wird: *sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto, aestimationem deberi.*

In diesem Gesetz wird von einem solchen Fall geredet, da der Vermächtnisnehmer eine fremde Sache einem andern restituiren, nicht aber sich erwerben soll. Hier nun kann es dem Fideikommissarius nichts schaden, wenn der Legatarius die

die Sache, die er restituiren soll, nicht erwerben kann.

Endlich kann man auch hier die Distinction, ob nämlich der Testator gewust habe, ob das vermachte Stück ein Lehngut sey oder nicht, um deswegen nicht zum Grunde legen, weil ein Lehn in Absicht des Vasallens keine fremde Sache ist, und also nicht die Regeln, die sonst bey dem Vermächtnis einer fremden Sache statt finden, hier eintreten.

Zweyhundert fünf und vierzigste Meditation.

Zur Gültigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung, wird nicht erfordert, daß solches von einem Notarius gemacht sey.

§. 1.

In einer gewissen Erbschafts-Sache, hatte der Testaments-Erbe durch einen Advokaten, welcher aber kein Notarius war, von der Nachlassenschaft des Verstorbnen Besitz nehmen lassen. Das darüber errichtete Instrument wurde darauf von drey Zeugen unterschrieben, demnächst dem Gericht übergeben, und um Manutenenz nachgesucht, die denn auch auf dieses Instru-

strument vom Gericht dem Testaments-Erben ertheilet wurde.

§. 2. Der Intestat-Erbe fand sich dadurch beschweret, und behauptete, daß um deswegen der Testaments-Erbe in dem Besitz nicht hätte geschützt werden können, weil das Instrument von einem Notarius nicht sey errichtet worden.

Allein es ist nirgends verordnet, daß ein Notarius nothwendig zu einer Besitzergreifung müsse zugezogen werden, vielweniger aber, daß ein Instrument, welches von einem andern errichtet worden, keinen Glauben verdiene h). Denn ein Instrument wird nicht zur Besitzergreifung erfordert, sondern dienet nur zum Beweis. Dieser Beweis aber kann auch durch andre Zeugen geführet werden, und da den Rechten nach i) ein Instrument, welches von drey Zeugen unterschrieben worden, für ein öffentliches Instrument gehalten wird: so ist kein Zweifel, daß nicht auch ein Instrument, welches von einer andern Person ist errichtet worden, wenn anders in den wesentlichen Stücken kein Mangel ist, eben die Wirkung habe.

Zwey-

h) *Postius* de manuten. obs. 21. n. 46. *Stryk* de possessione instrumentali cap. 2. n. 37.

i) L. 11. C. qui pot. in pign.

Zweyhundert sechs und vierzigste Meditation.

Der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid wird nicht für ausgeschworen gehalten, wenn derjenige, der denselben abstatten soll, den Eid zwar angenommen oder sich zu demselben erbothen hat, aber, ehe derselbe ausgeschworen, gestorben ist.

§. 1.

In einem gewissen Rechtsstreit wurde darüber gestritten: ob der Erfüllungs-Eid auch für abgestattet könne gehalten werden, wenn sich der Kläger zu demselben erbothen, von dem Richter auch darauf erkannt, der Kläger aber, ehe er denselben ausgeschwaren, gestorben sey?

Der Fall war dieser: **Titius** und **Kajus** waren wegen eines unter beiden getrofnen Kaufs in Irrungen, und in einem weitläuftigen Prozes gerathen. Dem **Titius** als Kläger wurde der Beweis auferlegt, welchen er auch antrat, aber nicht völlig führen konnte. Er erboth sich also zu dem Erfüllungs-Eid; hierauf wurde auch von dem Richter erkannt, und ein Termin zur Ausschwörung angesetzt. Vor diesem Termin

nun starb aber der Kläger, und da den Erben auferlegt wurde, nunmehro den Erfüllungseid nach ihrem Wissen auszuschwören, glaubten diese dadurch beschweret zu seyn.

§. 2. Es ist wahr, daß unter gewissen Umständen: wenn nämlich der Verstorbne den Eid angenommen, sich, denselben auszuschwören, erkläret hat, auch ihm kein Verzug oder Aufenthalt beizumessen ist, der Eid für geleistet gehalten wird. Eben so wahr ist es auch, daß viele Rechtsgelehrte k) dieses von dem Erfüllungs-Eid behaupten, und hierauf gründeten also die Erben ihre Beschwerden. Aber ihre Beschwerden waren nicht so beschaffen, daß darauf Rücksicht genommen, vielweniger aber sie von der Abstattung des Eides losgesprochen werden konnten.

§. 3. Ueberhaupt kennen die Rechte keine Vermuthung, die in diesem Fall für einen solchen streiten sollte, der einen von dem Richter ihm auferlegten Eid angenommen hat, vor der Ausschwörung aber gestorben ist.

Und

k) *Carpzov* lib. 6. resp. 120. *Gail* lib. 2. obs. 43. n. 1. *Stryk* de morte loco iurisiurandi cap. 1. §. 2. et in U. M. Tit. de iure iur. §. 42. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de iure iur. n. 9. *Mevius* part. 4. dec. 262. et part. 5. dec. 46. Fredersdorf Justitz-Beamte, Band 2. Kap. 29. §. 22.

Und so läßt sich auch kein Schluß, von dem Fall, wenn ein Theil dem andern den Haupteid zuschiebt, auf gegenwärtigen Fall herleiten. Denn da ist eine stilleschweigende Covention, daß man nämlich das, worüber der Haupteid zugeschoben worden, alsdenn, wenn derselbe ausgeschworen sey, für wahr annehmen wolle. Hier treten also die Gesetze ein, die bey jeder Convention gelten, nämlich, daß die Bedingung für erfüllet gehalten wird, sobald der eine bereit gewesen ist, solche zu erfüllen, aber an der wirklichen Erfüllung verhindert worden l). Allein ganz anders verhält es sich mit dem Fall, wenn von dem Richter auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid erkannt wird. Denn dieser beruhet nicht in der Willkühr der Partheien, sondern des Richters, da dieser nach den Umständen entscheiden muß, auf welchen Eid zu erkennen sey. Mit Recht ist daher auch von andern Rechtsgelehrten m) die gegenseitige Meinung verworfen.

---

l) L. 24. ff. de cond. et demonstr.

m) *Brunnemann* ad L. 12. C. de reb. cred. n. 11. *Hilliger* ad Donell. lib. 24. cap. 11. lit. y. *Lauterbach* de iuramentis §. 6. n. 58. *Wernher* Supl. ad p. 4. obs. 151. n. 120. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 56.

Zweyhundert sieben und vierzigste Meditation.

Einer der sich als Selbstschuldner verbürget, hat alsdenn das beneficium ordinis nicht, wenn er, auf Vorzeigung eines errichteten Instruments, zu bezahlen versprochen hat.

§. 1.

Auch einem der sich als Selbstschuldner verbürget hat, steht sonst nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten das beneficium ordinis zu, und braucht, wie ein ander Bürge, wenn er jener Rechtswohlthat nicht entsagt hat, der Regel nach nicht eher zu bezahlen, bis vorher der Hauptschuldner ausgeklagt ist. Allein in dem Fall, wenn sich ein Bürge anheischig gemacht hat, auf blosse Vorzeigung der Handschrift zu bezahlen, kann er sich mit jener Rechtswohlthat nicht weiter schützen.

§. 2. In einem hierüber entstandnen Rechtsstreit, kam jener Fall zur Untersuchung. Es hatte nämlich jemand an einem andern ein Kapital von einigen hundert Thalern zu fordern, und sich einen Bürgen stellen lassen, der nicht nur diese Schuld als Selbstschuldner übernommen, sondern auch dabey versprochen hatte,

auf

auf blosse Vorzeigung der Handschrift zu bezahlen.

Der Bürge aber hatte dabey dem beneficio ordinis nicht ausdrücklich entsagt, und glaubte daher, daß er aus diesem Grunde nicht eher zu bezahlen verbunden sey, als bis der Hauptschuldner ausgeklagt worden.

§. 3. Wenn nun gleich der Regel nach einem Selbstschuldner sowol, als einem andern Bürgen das beneficium ordinis zusteht, wenn er sich desselben nicht ausdrücklich begeben hat: so konnte doch in diesem Fall der Selbstschuldner mit seiner Einrede nicht gehöret werden.

In der dem Instrument angehängten Klausel: **auf Vorzeigung desselben zu bezahlen**, lag schon deutlich genug eine Begebung jener Rechtswohlthat. Er hatte sich verbindlich gemacht, gleich zu bezahlen, wenn ihm das Instrument vorgezeigt würde, also eher, als der Hauptschuldner ausgeklagt würde. Hat sich aber einer hiezu verbunden, so fällt schon von selbst dadurch jene Rechtswohlthat weg n).

n) Qui promisit, se soluturum ad solum verbum creditoris, conveniri potest, non excusso principali. *Hering* de fideiuss. cap. 27. part. 1. n. 106. *Muscatelli* pract. fideiuss. part. 1. mod. 12. n. 7. mod. 13. n. 9. et part. 2. qu. 10. n. 3.

§. 4. Es konnte auch eben so wenig hier der Bürge diese Rechtswohlthat vorschützen, da aus dem Willen der Partheien genug zu sehen war, daß es dem Gläubiger frey stehen sollte, den Bürgen gleich, ohne vorher den Hauptschuldner auszuklagen, zu belangen o). Denn es ist eine bekannte Regel, daß man immer mehr auf die Intention der Partheien, als auf die blossen Worte sehen müsse p). Hatte hier daher der Bürge auch nicht dem beneficio ordinis besonders entsagt, so hatte er doch durch die Worte: **auf blosse Vorzeigung des Instruments zu bezahlen**, seinen Willen, sich dieser Rechtswohlthat nicht zu bedienen, genug zu erkennen gegeben.

§. 5. Ueberdem verlangen unsre Gesetze hier so wenig eine ganz specielle Begebung der Rechtswohlthaten, — wenn sie gleich eine ganz generelle auch nicht zulassen, — daß sie vornämlich bey Bürgschaften, eben so wol darauf mit Rücksicht nehmen, was eigentlich die Partheien gewollt

o) Non iuvabitur vero beneficio excussionis, quando inter contrahentes hoc actum appareat, ut creditoris fas sit, fideiussorem convenire. *Carpzov* part. 2. const. 18. def. 12.

p) In omnibus actibus potissimum, quid contrahentes senserint, inspici debet. *L. 219. ff. de verb. sig. L. 19. ff. de reb. cred. L. 9. ff. de hered. inst. L. 17. C. de don. Carpzov* l. c. n. 4.

gewollt haben, und unter ihnen abgeredet ist q).

Nach diesen hier in der Kürze angeführten Gründen, konnte also der Bürge mit seiner exceptio ordinis nicht gehöret werden.

Zweyhundert acht und vierzigste Meditation.

Die Entgegenhandlung eines einem Vergleich angehängten Bedings, hebt nicht gleich den Vergleich auf.

§. 1.

Bey dem in der vorhergehenden Meditation angeführten Fall, war in dem Instrument folgende Klausel enthalten: das so wenig beide Theile, als die bey diesem Vergleich gegenwärtige Personen gegen jemand von dem verglichnen Quantum etwas erwähnen sollten.

q) Sicuti enim iurisprudentia, renunciationem generalissimam, ad illa beneficia fideiussoria excludenda, non vult sufficientem, ita nec requirit specialissimum, sed vult præprimis inspici quod actum. *Mevius* part. 9. dec. 186. *Hering* de fideiuss. cap. 17. n. 45. Strube rechtl. Bedenk. Th. 1. Bed. 40.

Aus dieser Klausel nahm der Beklagte einen Grund her, auf die Annullation des Vergleichs zu bestehen, und sich von der Bezahlung der verglichnen Summe los zu machen. Er behauptete nämlich, daß der Kläger dieser Bedingung zuwider gehandelt, indem er den Vergleich ausgebracht, und ihn dadurch in viele Verdrießlichkeiten gestürzet habe.

§. 2. Allein es konnte hier auf diese Einrede nicht geachtet werden. Denn wenn es gleich wahr ist, daß ein jeder Kontrakt durch die Nichterfüllung der demselben angehängten Bedingung wieder aufgehoben werden könne: so leidet doch dieser Satz noch viele Einschränkungen, und konnte auch in dem gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden. Es war hier noch nicht einmal erwiesen, daß der Kläger wider obige Bedingung gehandelt habe, und wenn das auch hätte erwiesen werden können, so konnte solches um deswegen doch von keiner Wirkung seyn, weil sämtliche Kontrahenten, sich zwar ein wechselseitiges Stilleschweigen auferlegt, jedoch auf den Bruch desselben, die Aufhebung des Vergleichs nicht gesetzt hatten r).

Zwey=

r) *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 173. *Leyser* spec. 46. med. 5.

Zweyhundert neun und vierzigste Meditation.

Durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wenn sie als eine Intervention angebracht wird, wird nicht immer die Hauptsache sistiret.

§. 1.

In dem, im vorigen beiden Meditationen erzählten Rechtsstreit, da sich nämlich der Hauptschuldner als Intervenient in dem Prozes mischte, und zur Begründung derselben die Wiedereinsetzung in vorigen Stand wegen seines minderjährigen Alters, dem Gläubiger entgegensetzte, kam ferner noch die Frage vor, ob durch diese Intervention die Hauptsache sistiret, mithin der Gläubiger den Bürgen fahren lassen, und sich an den Hauptschuldner halten müsse?

§. 2. Zur Begründung einer Haupt-Intervention wird bekannten Rechten nach immer ein präjudicial Punkt erfordert, und diesen setzte der Hauptschuldner in der Wiedereinsetzung in vorigen Stand. Allein mit Recht wurde der Intervenient, durch das in dieser Sache gesprochne Urtel mit dieser seiner Intervention ab — und zur besondern Ausführung verwiesen.

§. 3. Der Intervenient behauptete, daß von der Erörterung der Frage: ob die Wiedereinsetzung in vorigen Stand ihm und dem Bürgen zu Statten komme? die Entscheidung mit abhange, ob der unter ihnen getroffne Vergleich zu Recht beständig sey oder nicht. Fände sich letzteres, so folge auch daraus, daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit, das Accessorium derselben, die Bürgschaft, wegfallen müsse s).

§. 4. Allein ohne uns über die Frage auszulassen: in wie weit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen zu Statten komme t)? konnte doch in gegenwärtiger Sache die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nicht die Wirkung nach sich ziehen, daß durch dieselbe die Hauptsache sistiret werden konnte.

§. 5. Es war hier von dem Gläubiger wider den Bürgen aus dem Instrument executivisch geklagt. Die Natur des executiv Prozesses bringt es schon mit sich, daß keine als gleich erweislich zu machende und klare Einreden zugelassen werden, und ist dieses, so konnte auch der Intervenient, durch die dem Gläubiger entgegen-

s) *L. 43. ff. de solut.* In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ pignora etc.

t) Es ist diese Frage in der Meditat. 221. 222. 223. ausführlich abgehandelt.

gegengesetzte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Natur des executiv Prozesses nicht ändern, indem er den Prozeß nicht so annehmen konnte, als er zwischen den Hauptpartheien geführet wurde u).

§. 6. So dann war hier gar noch nicht ausgemacht, ob die Wiedereinsetzung in vorigen Stand auch in gegenwärtigem Fall dem Bürgen nütze. So bald aber nur der geringste Zweifel eintritt, ob die Intervention Statt finde oder nicht, muß der Intervenient damit zur besondern Ausführung verwiesen werden v): Und so konnte endlich die Regel: daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit das Accessorium wegfalle, nichts bewirken, weil durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, die Hauptverbindlichkeit nicht aufgehoben wird, sondern nur die Person des Minderjährigen auser Verbindlichkeit bleibt.

Zwey=

u) Ludovici Einleit. zum civil Proz. Kap. 3. §. 7. Knorre Einl. zum Prozes, Buch 2. Hauptst. 1. §. 2.

v) Iniquitas maxima foret ob dubiam interventionem tertiam iustam petitionem differri. *Mevius* part. 8. dec. 416. n. 5. *Lynker* resp. vol. 2. resp. 19. n. 2. 3. *Gail* part. 1. obs. 70. n. 20.

Zweyhundert und funfzigste Meditation.

Der Bestohlne hat keine stillschweigende Hypothek auf die Güter des Diebes.

§. 1.

Titius hatte mittelst gewaltsamen Einbruchs dem Kajus 50 Rthlr. baares Geld gestohlen, solches Geld aber vor seiner Einziehung ausgegeben. Es meldeten sich darauf mehrere Gläubiger, so daß endlich des Titius Güter sämtlich verkauft wurden, und ein förmlicher Konkurs wider ihn erkannt werden muste. Hier nun entstand die Frage: ob nicht dem Kajus in Ansehung des gestohlnen Geldes eine stilleschweigende Hypothek auf die Güter des Diebes zustehe, er daher den chirographarischen Gläubigern nicht vorgezogen werden müste?

§. 2. Ob nun zwar verschiedne Rechtsgelehrte w) dem Bestohlnen eine stilleschweigende Hypothek zuschreiben wollen: so wurde doch hier mit Recht der Kajus dem chirographarischen Gläu-

w) *Carpzov* pract. crim. part. 2. qu. 80. n. 119. *Idem* part. 4. const. 39. def. 10. *Negusantius* de pign. membr. 4. part. 2. n. 124. *Schilter* ex. 24. §. 49.

Gläubigern nachgesetzt, und ihm eine stillschweigende Hypothek abgesprochen x). Denn es giebt kein Gesetz, worin dem Bestohlnen in Absicht der gestohlnen Sachen ein Vorzugsrecht ertheilet wird, und da das nicht ist, so dürfen wir auch ohne Gesetz keine neue und den Gesetzen unbekannte Hypothek einführen.

Zwar scheinet es unbillig zu seyn, daß der Bestohlne dem Seinigen nachsehen, und leer ausgehen müsse. Allein eben diese Unbilligkeit, würde die übrigen Gläubiger eben so gut treffen, und zwar unverdienter und unrechtmäßiger Weise, da sie durch den Diebstahl, folglich durch die Handlung des Diebes als ihres Gläubigers an ihren Recht verkürzet würden. Wenn endlich selbst der Fiskus, der doch in vielen Stücken in den Rechten begünstiget ist, in Ansehung der fiskalischen Strafen allen Gläubigern nachgesetzt wird y): wie vielmehr denn nicht der Bestohlne, der gar keine Vorrechte hat.

Zwey=

x) *Stryk* U. M. Tit. de cond. furt. §. 9. et tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr. §. 19. *Boehmer* ad Carpzov qu. 80. obs. 11. *Wernher* part. 1. obs. 288. *Koch* Inst. iurispr. crim. lib. 2. cap. 3. §. 218.

y) *L. 17. ff. de iur. fisc.* In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus post poni.

Zweyhundert ein und funfzigste Meditation.

Der Vermiether hat auch an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns eine stilleschweigende Hypothek.

§. 1.

Zur Sicherheit alles desjenigen, was ein Vermiether vermöge des Miethkontrakts fordern kann, geben die Gesetze z) demselben eine stilleschweigende Hypothek, an den eingebrachten Sachen des Miethmanns. Diese Hypothek schreiben wir auch billig dem Vermiether in dem Fall an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns zu, wenn der Miethsmann die gemiethete Sache, wiederum an einen andern vermiethet hat. Jedoch geht diese Hypothek nur so weit, so weit der Aftermiethmann seinem Aftervermiether noch in Rückstand ist, und nur auf diejenige Summe, wofür er die Sache wieder vermiethet hat.

§. 2.

z) L. 2. 4. 6. ff. et L. 5. C. in quib. causſ. pign. tac. contr.

§. 2. Hiemit stimmet der gröste Theil der Rechtsgelehrten a) überein, und die Gründe dieser Meinung sind so stark, daß sie weit die uns entgegenstehende Gründe, aus welchen einige b) das Gegentheil haben schliessen wollen, überwiegen.

Wenn man nur die Gesetze, worin sich unsre Meinung gründet, ansehen, und damit die dabey gemachten Zweifel und gegenseitigen Gründe in Erwägung ziehen will, so wird einem jeden die Wahrheit unsrer Behauptung von selbst einleuchten.

§. 3. So bald einer seine Sache an einen andern vermiethet, so ist, wie wir schon gesagt haben, das Eingebrachte dem Vermiether stilleschweigend verpfändet, ohne daß es eines ausdrücklichen Vertrags bedarf. Eben so scheinet auch zwischen dem Vermiether und Miethsmann der stilleschweigende Vertrag eingegangen zu seyn, daß sowol das, was der Miethsmann selbst, als auch der Aftermiether einbringt, dem Vermiether verpfändet seyn solle. Wir schliessen dieses aus der

a) *Brunneman* ad L. fin. C. in quib. cauſ. pign. tac. contr. *Lauterbach* colleg. th. pr. lib. 20. tit. 2. §. 3. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 174. *Coccei* J. C. Tit. in quib. cauſ. pign. tac. contr. qu. 17. et tit. de loc. cond. qu. 7. Westphal vom Pfandrecht, Kap. 5. §. 3.

b) *Walch* intr. in contr. iur. civ. recent. Sect. 2. cap. 5. §. 13.

der *L.* 11. §. 5. *ff. de pign. act.* worin es heißt: *unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero; tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium convenisse, ut non pactio coenacularii, proficiat domino, sed sua propria.*

§. 4. Noch deutlicher wird unsre Meinung durch die *L.* 5. *pr. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* bestärkt. Es heißt darin: *Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit invecta a me domino insulae pignori non esse.* Wenn nun nach diesem Gesetz, in dem Fall der Vermiether keine stillschweigende Hypothek auf die eingebrachten Sachen desjenigen zustehet, dem der Miethsmann eine freye Wohnung in dem gemietheten Haus verstattet hat: so können wir daraus schliessen, daß diese Hypothek alsdenn dem Vermiether zustehe, so bald der Miethsmann die gemiethete Sache, anderweit vermiethet hat.

§. 5.

§. 5. Wenn nun endlich nach der *L. 24. §. 1. ff. loc. cond.* c) bey Verpachtung der Landgüter dem Verpächter eine stilleschweigende Hypothek auf die Früchte des Afterpächters zusteht, warum sollen wir denn bey einer Miethe anders urtheilen? Beide Hypotheken, sowol diejenigen, die dem Verpächter, als die die dem Vermiether zustehen, sind gesetzliche Hypotheken, haben auch einerley Endzweck zum Grunde. Daher muß denn auch das, was bey der einen Recht ist, bey der andern gleichfalls Recht seyn.

Zwar macht man uns hiebey den Einwurf, daß ausdrücklich in jenem Gesetz gesagt werde, die Sachen des Afterpächters wären dem Verpächter nicht verpfändet. Aber es ist bekannt, daß überhaupt bey Verpachtungen der Landgüter nicht die eingebrachten Sachen, sondern blos die Früchte unter der stilleschweigenden Hypothek begriffen sind, und daher konnte auch der Verpächter an erstern gar kein Recht haben.

§. 6. Unsrer Meinung steht auch nicht die *L. 53. ff. loc. cond.* entgegen, worin es heißt: *qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono loca-*

c) Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

locavit: reipublicae non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent. Denn fürs erste wird hier von einem Bürgen geredet, der sich für einen Pächter bey einen solchen, der Namens der Republick deren Güter verpachtet hatte, verbürget hatte, und hinzugesetzt, daß der Bürge der Republick nicht verhaftet sey. Eine Bürgschaft kann aber nicht weiter ausgedehnt werden, als sie eingegangen ist. Fürs zweyte wird ja noch ausdrücklich in dem Gesetz gesagt, daß nichts destoweniger die Früchte der Republick selbst verpfändet blieben, wodurch also noch mehr unsre Meinung bestärkt wird.

Zweyhundert zwey und funfzigste Meditation.

Unter die in ein gemiethetes Haus eingebrachte Sachen, gehören auch Kaufmanns-Waaren, und sind daher solche mit unter der dem Vermiether zustehenden stillschweigenden Hypothek begriffen.

§. 1.

Wenn ein Kaufmann ein Haus gemiethet hat, und seine Waaren, um damit zu handeln, einbringt: so sind diese sowol, wie seine andern Geräthschaften dem Vermiether stillschweigend ver-

erpfändet b). Wir schliessen dieses aus der . 34. *pr. ff. de pign. et hyp.* wo es heißt: *m tabernam debitor creditori pignori dedit: aesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an bernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit: cum et mercium species mutatæ sint, et res aliae illatae? Respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.*

§. 2. Aus diesem Gesetz erhellet, daß sich das Pfandrecht auf die eingebrachten Waaren allerdings erstrecke, ob gleich das Pfandrecht nicht auf jede einzelne vorhandne Waarenstücke haftet. Denn wäre dies, so müste der Kaufmann aufhören zu handeln, und kein Käufer würde auch alsdenn sicher handeln können. — Man mache uns hieben nicht den Einwurf: daß ein Kaufmann nicht in der Absicht die Waaren eingebracht habe, daß sie so lange die Miethe dauren, in dem gemietheten Haus bleiben sollten, sondern in der Absicht, um damit zu handeln; daß daher

b) *Balduin* de pign. et hyp. cap. 6. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 161. *Zoesius* ad ff. Tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. n. 5. *Hahn* ad Wesenb. eod. tit. n. 1. *Struv* ex. 26. §. 16.

auch keine stillschweigende Hypothek darauf haften könne e).

§. 3. Ist es gleich wahr, daß die von einem Kaufmann in das gemiethete Haus eingebrachte Waaren, nicht die Miethzeit hindurch da bleiben, sondern statt der abgehenden andre angeschaffet werden: so verändert doch dies die Sache nicht. Denn so sind wie die *L.* 13. *pr. ff. de pign. et hyp.* f) lehrt, bey Verpfändung einer Heerde Viehes, nicht blos das gebohrne junge Vieh, sondern auch das in die Stelle des alten angeschafte Vieh unter der Hypothek mit begriffen. Und eben so auch bey den Waaren, wo andre, statt der abgehenden, angeschaffet werden.

§. 4.

e) *L.* 5. *C. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.* Si non inducta et illata in fundum, quæ pignoris causa teneri placuerat, mancipia fuissent, nec hæc specialiter obligata monstrentur, Rector provinciæ ea restitui iubebit.
L. 32. *ff. de pign. et hyp.* Debitor pactus est: ut quæcunque in prædia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent. Eorum prædiorum pars sine colonis fuit, eaque actori suo colenda debitor ita tradidit, adsignatis et servis culturæ necessariis: quæritur an et Stichus villicus, et cæteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos.

f) Grege pignori obligata, quæ postea nascuntur, tenentur, sed et si, prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

§. 4. Was nun noch die in der (Not. e) angeführte Gesetze anbetrift, so geben diese der gegenseitigen Meinung g) gar kein Gewicht. Denn nach der *L. 5. C. in quib. caus. etc.* waren die Leibeigenen in das gemiethete Grundstück gar nicht eingebracht, mithin fand auch kein Pfandrecht an denselben statt, und es muste daher die Vermietherin, die sich demohnerachtet derselben bemächtiget hatte, zur Wiederherausgabe derselben angewiesen werden.

In der *L. 32. ff. de pig. et hyp.* wird die Frage entschieden: ob der Verwalter, und die andern ihm untergebnen Knechte mit unter das Pfandrecht gehörten? und diese Frage wird bejahend beantwortet, in so fern sie nämlich zum beständigen Gebrauch auf das Gut gesetzt sind. Wenn aber diese Absicht nicht da ist, sondern die Knechte von ohngefähr auf dem Gut sind, so sind sie unter der Verpfändung des Guts nicht begriffen.

So wenig entscheiden also beide Gesetze obigen Fall, und daher müssen wir immer dafür halten, daß auch ein eingebrachtes Waaren-Lager stilleschweigend mit verpfändet sey.

---

g) *Meyrer* de pign. et hyp. tit. 18. n. 26. *Negusantius* de pign. et hyp. membr. 4. part. 2. n. 153.

Zweyhundert drey und funfzigste Meditation.

Das Hausgeräth des Miethmanns ist dem Vermiether stilleschweigend verpfändet.

§. 1.

Wenn nach der *L. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* h) alle in die Miethe eingebrachte Sachen dem Vermiether stilleschweigend verpfändet sind: so schliessen wir daraus, daß auch das Hausgeräth unter der stilleschweigenden Hypothek mit begriffen sey i). Denn da hier die Gesetze keine Ausnahme machen, da das Hausgeräth von dem Miethsmann in der Absicht in die Miethe eingebracht wird, daß es so lange, wie die Miethe daure, da bleiben soll: so dürfen wir auch keine Ausnahme davon machen.

§. 2.

h) Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? quod magis est.

i) *Zoesius* ad ff. Tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. n. 6. *Hahn* ad Wesenb. eod. tit. n. 1. *Coccejii* J. C. eod. tit. qu. 16. *Struv* ex. 26. §. 16.

§. 2. Verschiedne Rechtsgelehrte k) haben aus dem Grunde, das Hausgeräth von der stilleschweigenden Hypothek ausnehmen wollen, weil dasselbe, bey einer ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung, nicht mit unter der Hypothek begriffen ist l), und selbst bey Verpachtungen die Ackergeräthschaften nicht stilleschweigend verpfändet sind m).

§. 3. Aber wir können hier nicht von dem was bey einer ausdrücklichen Verpfändung Rechtens ist, auf die dem Vermiether zustehende stilleschweigende Hypothek schliessen. Denn ein andrer Grund tritt bey einer ausdrücklichen, ein andrer bey einer stilleschweigenden Hypothek ein. Bey einer ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung, hat der Gläubiger an den übrigen sämtlichen Gütern des Schuldners Sicherheit: allein diese Sicherheit hat der Vermiether nicht, da solche sich nur auf die eingebrachten Sachen des Miethmanns erstrecket. Wollte man nun das

 Haus=

k) *Brunnemann* ad L. 5. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. n. 2. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 164.

l) *L.* 6. *ff. de pign. et hyp.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse; ut puta supellex, item vestis relinquenda est debitori.

m) *L.* 8. *C. quae res pign.* Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit.

Hausgeräth ausnehmen, so würde in der That wenig oder nichts übrig bleiben, woran sich der Vermiether erholen könnte.

Und wenn bey Verpachtungen die Ackergeräthschaften nicht stilleschweigend verpfändet sind: so liegt der Grund davon darin, weil bey Verpachtung überhaupt nicht auf den eingebrachten Sachen, sondern auf den Früchten eine stilleschweigende Hypothek haftet.

Zweyhundert vier und funfzigste Meditation.

Unter dem Auftrag eine Sache zu verkaufen, ist auch der Auftrag, das Geld dafür in Empfang zu nehmen, begriffen.

§. 1.

Titius hatte dem Kajus aufgetragen, seine zu B. liegende Güter zu verkaufen. Er übernahm diesen Auftrag, verkaufte die Güter und nahm das dafür gekommene Geld in Empfang. Aber statt dieses Geld dem Titius abzuliefern, gieng er heimlich fort, und weil er nichts hinterließ, woran sich der Titius erholen konnte, wollte sich dieser an die Käufer seiner Güter halten, und von denselben die Bezahlung fordern.

§. 2. Bey Entscheidung des darüber zwischen den Titius und den Käufern seiner Güter entstandnen Rechtsstreits, kam es hauptsächlich auf die Frage an: ob unter dem Auftrag eine Sache zu verkaufen, auch der Auftrag das dafür gekommene Geld zu heben, begriffen sey? Wir tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen n). Bey dem Kaufkontrakt ist es überhaupt Rechtens, daß so bald die gekaufte Sache dem Käufer übergeben wird, dieser den einsgewordnen Kaufpreis bezahle. Wenn also der Auftrag eine Sache zu verkaufen, schon von selbst mit sich bringt, die Sache dem Käufer zu übergeben, so fließt aus letzterm, daß derjenige, der für einen andern eine Sache verkauft, auch berechtiget sey, das Geld in Empfang zu nehmen, und daß der Käufer diesem auch sicher bezahlen könne.

§. 3. Wird nun derjenige, der einem andern den Auftrag zu verkaufen gegeben, betrogen, so ist das seine eigne Schuld. Denn entweder traute er seinem Mandatarius, oder nicht. Dies leztre anzunehmen, wäre ungereimt, weil niemand demjenigen was auftragen wird, dem er nicht trauet. Aber gesezt, er hätte ihm die Gelder nicht anvertrauen wollen, so hätte er ausdrücklich in die ertheilte Vollmacht setzen müssen,

n) *Mevius* part. 5. dec. 174. *Stryk* U. M. Tit. de sol. §. 2. *Coccеii* Tit. mand. vel contra qu. 11.

seinem Mandatarius die Gelder nicht auszuzahlen. Die Käufer hatten wenigstens immer Ursach dem abgeschickten Mandatarius alles zu zutrauen, auch keinen Grund an seiner Ehrlichkeit zu zweifeln, da es nicht ihre, sondern des Verkäufers Sorge war zu untersuchen, ob man auch dem Mandatarius sicher Gelder anvertrauen könne.

§. 4. Ueberdem wird diese unsre Meinung nicht undeutlich durch die *L. 35. ff. de solut.* bestärkt, als worin es heißt: *quod servus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, id ei sive venisset, sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa inciderit, ex qua intelligi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo foeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est, videtur enim voluntate domini, qui cum servo negotium contraheret, et ab eo accipere, et ei solvere.*

Nach diesen hier in der Kürze angeführten Gründen, wurde daher Titius mit seiner Klage wider die Käufer seiner Güter abgewiesen.

§. 5. Die Zweifelsgründe die uns hier entgegenstehen, und aus welchen von einigen Rechtsgelehrten o) die gegenseitige Meinung vertheidiget wird, sind bald zu widerlegen.

Der

o) *Romanus* conf. conf. 461. *Sande* dec. Frisiae lib. 3. tit. 16. def. 2.

Der erste Grund liegt in der *L. 1. §. 12. ff. de exerc. act.*, nach welchem derjenige, dem eine Sache zu vermiethen aufgetragen ist, das Miethgeld nicht heben kann. *Igitur praepositio*, heißt es, *certam legem dat contrahentibus: quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra modum egressus, non obligabit exercitorem.*

§. 6. Aber nicht einmal zu gedenken, daß zwischen einem Mieth- und Kaufkontrakt der Unterschied sey, daß die Miethgelder nicht eher als nach dem Gebrauch der Sache, Kaufgelder aber gleich bey der Uebergabe der gekauften Sache müssen bezahlet werden; so ist aus den angeführten Worten des Gesetzes schon klar, daß da von einem solchen geredet werde, der blos dazu bestellet war, eine Sache zu vermiethen, nicht aber die Miethgelder zu heben. Dies lehren die Worte: *vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum.*

§. 7. Der zweyte gegenseitige Grund wird aus der *L. 86. ff. de solut.* genommen, worin gesagt wird, daß man dem zur Führung eines Rechtstreits bestellten Anwald, nicht bezahlen könne. *Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur.*

Allein

Allein welch ein Himmel weiter Unterschied, ist nicht zwischen einem zur Führung eines Rechtstreits bestellten Anwald, und zwischen einem solchen, dem eine Sache zu verkaufen aufgetragen ist. Des erstern seine Vollmacht erstreckt sich nur blos auf den ihm übertragnen Rechtsstreit; und die Einnahme der etwa eingeklagten Gelder, steht mit jener bestimmten Vollmacht nicht in Verbindung. Ganz anders aber verhält es sich, wie wir schon oben gezeigt haben, mit einem solchen, der eine Sache verkaufen soll.

Zweyhundert fünf und funfzigste Meditation.

Wer an einen Bothen ohne besondre Vollmacht des Gläubigers seine Schuld bezahlet, der wird dadurch von seiner Schuld nicht befreyet.

§. 1.

Titius hatte an den Kajus an baar vorgeschoßnen Geld 30 Rthlr. und aus einer Waaren-Rechnung 80 Rthlr. zu fordern.

Er schickte einen Bothen an den Kajus, welcher einige Meilen von ihm wohnte, erinnerte denselben in seinem Schreiben an die Bezahlung beider

beider Posten, und fügte hinzu, daß er dem Bothen, den über die 30 Rthlr. ausgestellten Schein mitgegeben, um solchen gegen Empfang der Gelder ihm auszuliefern. Kajus zahlte darauf an den Bothen nicht blos die 30 Rthlr., sondern auch die 80 Rthlr., gegen Ausstellung einer Quitung aus. Weil aber der Bothe die Gelder nicht überbracht hatte, sondern heimlich fortgegangen war, entstand die Frage; ob Kajus dadurch von seiner Schuld befreyet sey?

§. 2. Daß Kajus ganz sicher den Bothen die 30 Rthlr. habe auszahlen können, leidet keinen Zweifel. Denn aus keiner andern Ursach, als um diese Gelder zu heben, konnte ihm der Gläubiger die Handschrift mitgegeben haben, und wenn er auch gleich nichts in seinem Briefe davon erwähnet hätte, so zeigte doch die Uebergabe der Handschrift an den Bothen deutlich seinen Willen an.

§. 3. Aber ganz anders verhält es sich mit den 80 Rthlr. Titius hatte zwar den Kajus an die Bezahlung derselben erinnert, aber in seinem Schreiben den Bothen zum Empfang derselben nicht bevollmächtiget, mithin handelte der Kajus wider den Willen und Vollmacht seines Gläubigers, wenn er diese Gelder zugleich dem Bothen mit auszahlte. — Man kann dagegen nicht einwenden, daß unter der Vollmacht die 30 Rthlr. zu heben, die Vollmacht die 80 Rthlr. in Empfang zu nehmen, begriffen seyen, und daß

der

der Titius dadurch, daß er dem Bothen die 30 Rthlr. anvertrauet, auch die 80 Rthlr. anvertrauet habe. Denn es folgt nicht, daß ich demjenigen, dem ich eine kleine Summe anvertraue, auch eine grössere anvertraue. Zudem ist jede Vollmacht einschränkend zu erklären p), und nicht blos der **Mandatarius**, sondern auch derjenige, mit dem ein Geschäft geschlossen wird, sind an die genaue Beachtung der vorgeschriebnen Form desselben gebunden. Hier aber war der Wille des Gläubigers klar genug, und **Kajus** war schuldig, da er nur blos an die Bezahlung erinnert war, sich darnach zu achten, nicht aber die Gelder selbst dem Bothen auszubezahlen. Denn so ist eines Theils bekannten Rechtens, daß derjenige, der wider Willen oder ohne Wissen des Gläubigers einem andern bezahlet, dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht entlediget werde q); andern theils ist selbst in ähnlichen Fällen obige Frage durch die Rechte so entschieden worden r). — Nach diesem Grunde würde also

p) *L. 5. pr. ff. mandat. vel contr.* Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur.

q) *L. 12. C. de solut.* Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione.

r) *L. 12. §. 1. ff. commod. vel contr.* Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit, si dominus ei dari iusserat, domino perit, si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei, qui commodatus est.

also der Kajus zur Bezahlung der 80 Rthlr. verurtheilet s).

Zweyhundert sechs und funfzigste Meditation.

Der Testirer braucht keine fünf Zeugen dazu, wenn er dem Vermächtnisnehmer, das hinterlaßne Vermächtnis wieder nehmen will.

§. 1.

Ein sonst zu Recht beständiges Vermächtnis kann dem Vermächtnisnehmer, so bald es dem Testirer gefällt, wieder genommen werden. Die Wahrheit dieses Satzes ist an und für sich selbst keinem Zweifel unterworfen, nur darüber wird gestritten; ob der Testirer, falls er auf eine gültige Art das Vermächtnis wieder aufheben wolle, fünf Zeugen zuziehen müsse?

Sollten wir diese Frage nach dem wahren Sinn der Gesetze beantworten: so würden wir ein jedes Vermächtnis für ungültig erkennen, so bald der Wille des Testirer, daß er das Vermächt:

s) *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 11. §. 20. *Boehmer* conf. et resp. Tom. 2. part. 2. resp. 1109. n. 32. *Hommel* Rhapf. obf. 113. n. 3.

mächtnis wieder habe aufheben wollen, klar ist, mithin keine fünf Zeugen dazu erfordern. Viele Rechtsgelehrte t) hegen eben diese Meinung, obgleich andre u) davon abweichen.

§. 2. Es ist bekannt, daß ein Vermächtnis auf verschiedne Art einem genommen werden könne, und daß dazu der bloße Wille des Testirers, so bald er nur gehörig erwiesen werden kann, hinreichend sey v); ja daß selbst durch solche Handlungen, woraus jener Wille geschlossen werden kann, das Vermächtnis aufgehoben werde w). Geben wir dieses zu, so müssen wir auch eine jede Aufhebung eines Vermächtnisses als

t) *Wesenbec* ad ff. Tit. de adim. vel transf. leg. n. 3. *Stryk* U. M. eod. tit. §. 1. et in caut. testam. cap. 23. §. 30. *Cocceii* J. C. Tit. de adim. vel transf. leg. qu. 1. *Crell* ad L. 3. §. 11. ff. de adim. vel transf. leg. *Wernher* part. 1. obs. 300. et in supplem. ad cand. observ. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 216. Eisenharts Erzähl. von besondern Rechtshändeln, Th. 8. Nr. 5. S. 127.

u) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 31. *Struv* ex 35. §. 81. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de adim. vel transf. leg. n. 3. *Philippi* usus pract. inst. lib. 2. ecl. 94. *Berger* œcon. iur. lib. 2. Tit. 4. §. 30.

v) *L. 3. §. f. ff. de adim. vel transf. leg.* Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. *Conf.* L. 18. ff. de leg. 3. L. 9. ff. de his quae ut indig. L. 27. C. de fideic.

w) L. 24. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg.

als gültig erkennen, so bald dieselbe erwiesen werden kann. Und um diesen Beweis zu führen, falls der Testirer das Vermächtnis mündlich genommen haben sollte, sind so wie zu jedem andern Beweis zwey Zeugen hinreichend. Denn hätte hier der Gesetzgeber von der in der *L. 12. ff. de testib.* x) enthaltnen Verordnung abweichen wollen, nach welcher, wenn keine bestimmte Anzahl Zeugen ausgedrückt werden, zwey Zeugen zu einem vollen Beweis hinreichend sind; so würde er gewiß durch ein besonders Gesetz in diesem Fall eine Ausnahme von jener Regel gemacht haben.

§. 3. Die Gründe die etwa unsrer Meinung entgegen zu stehen scheinen, widerstreiten in der That derselben nicht. — Der Einwurf den man uns gegen unsre Behauptung macht, liegt in der *L. 14. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg.* worin es heißt: *quibus ex caussis datio legati inutilis est, ex iisdem ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetas.* Hieraus leitet man den Schluß her, daß so wie zur Constitution eines Vermächtnisses fünf Zeugen erfordert würden, so auch zur Ademtion desselben fünf Zeugen zugezogen werden müssen.

§. 4.

x) Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est.

§. 4. Allein dieses Argument passet hier ganz und gar nicht. Denn die Gesetze sagen, wie wir im vorigen §. angeführet haben, ausdrücklich, daß durch den bloßen Willen des Testirers ein Vermächtnis aufgehoben werden könne. Es würde also daraus folgen, daß eben so ein Vermächtnis könne hinterlassen werden. Denn lassen sich auch noch jene Worte des Gesetzes nicht einmal auf unsern Fall anwenden. Zur Erläutrung dieses, wollen wir den darin enthaltnen Fall, näher zergliedern. Es ist ein bekannter rechtlicher Grundsatz, daß die Dienstbarkeit des Weges weder zum Theil vermacht, noch zum Theil genommen werden könne, und wenn solches geschehen, so wenig das Vermächtnis als die Ademtion desselben bestehe y).

Wir wollen also hier den Fall annehmen, daß der Testirer einem die Gerechtigkeit des Weges vermacht, hernach aber dem Vermächtnisnehmer einen Theil des Weges wieder genommen habe, in diesem Fall würde die Ademtion nach obiger Regel ungültig seyn.

§. 5. So kann man auch hier sich nicht auf die Regel: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidve dissolvere, quo colligatum est:* z) berufen, da diese Regel nicht nur viele Ausnahmen hat, sondern auch, wie aus den Schlußworten der-

y) L. 11. ff. de servit.

z) L. 35. ff. de reg. iur.

derselben: *ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*, erhellet, passet dieselbe nur auf Obligationen nicht aber auf letzte Willensmeinungen, und leidet nie eine Anwendung, wenn, wie wir oben gezeigt haben, die Gesetze bey der Constitution andre Vorschriften, als bey der Dissolution einer Handlung gegeben haben.

§. 6. Wie wenig erheblich diese Gründe sind, siehet ein jeder leicht; allein da es immer besser ist, den sichersten Weg zu wählen: so fließt hieraus für einen jeden die Kautel, daß er lieber, falls er ein Vermächtnis wieder aufheben will, fünf Zeugen zuziehe, denn auf diese Art ist er doch versichert, daß nicht nur sein Wille werde erfüllet, sondern auch seine Erben für vielen Streitigkeiten gesichert werden.

Zweyhundert sieben und funfzigste Meditation.

Ein von einem Notarius, über die von ihm unternommene Besitz-Ergreifung, errichtetes Instrument, hat keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind.

§. 1.

Kajus hatte in einer gewissen Erbschafts-Sache von den Gütern des Erblassers durch einen Notarius Besitz nehmen, und sich ein Instrument geben lassen. Bey dieser Besitz-Ergreifung waren von dem Notarius keine Zeugen zugezogen, und das Instrument von demselben blos allein unterschrieben.

Es entstand daher die Frage: ob durch ein solches Instrument die Besitz-Ergreifung erwiesen werden könne?

§. 2. Der Zweifel der hiebey eintrat, und aus welchem ein solches Instrument allen Glauben zu verdienen schien, war dieser: weil der Regel nach ein Notarius so vielen Glauben als sonst zwey Zeugen hat. a) — Aber so wird sowol nach

a) *Mevius* part. 3. dec. 171. n. 3.

nach den römischen Recht b) als nach den Reichsgesetzen c) die Zuziehung der Zeugen zum wesentlichen Stück eines Notariats-Instrument erfordert. So bald es also an diesem wesentlichen Stück fehlet, kann das Instrument eines Notarius nichts mehr, als eine andre privat Schrift beweisen. Da also ein Notarius schuldig ist, zu allen von ihm auser gerichtlich unternommenen Handlungen Zeugen zu zuziehen; d) so folgt auch, daß die unterlaßne Zuziehung der Zeugen, der Glaubwürdigkeit eines Instrments immer entgegen stehe.

---

b) *Nov.* 73. *cap.* 5. Sed et si instrumenta publice confecta sint: licet tabellionum habeant supplementum, adjiciatur et eis antequam compleantur (sicut dictum est) testium ex scripto præsentia.

c) Not. Ord. Tit. 1. §. 3. — Denn der Inhalt beschehener Handlungen, zu dem die Zeugen dazu genommen, deren aller Nahmen und Zunahmen klärlich beschrieben.

d) *Cothmann* vol. 2. resp. 68. n. 69. *Mevius* part. 2. dec. 155. n. 3. Strube rechtl. Bedenk. Th. 5. Bed. 102.

Zweyhundert acht und funfzigste Meditation.

Die Einrede der Verjährung, kann von dem Richter suppliret werden, wenn dieselbe aus den Acten klar ist.

§. 1.

Wie weit der Richter befugt sey, daß, was entweder Rechtens ist, oder facta anbetrifft, in dem Fall zu suppliren, wenn die Partheien sich in den Akten darauf nicht bezogen haben, kann hier nicht gesagt werden. Niemand hat auch ja diese dem Richter selbst in den Gesetzen e) gegebne Macht abgesprochen, nur über einige Fälle, wo er dieses Recht ausüben kann, sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Zu diesen streitigen Fällen, gehöret auch die Frage: ob der Richter die Einrede der Verjährung, wenn solche von dem Partheien nicht eingewandt, aber

e) *L. un. C. ut quae des. advoc. part. iud. suppl.* Non dubitandum est, iudicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, quae negotiis adsistant, minus fuerit dictum, id supplere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire.

aber aus den Acten klar ist, suppliren könne. f)

§. 2. Die Gesetze g) verordnen, daß, wenn einmal eine Klage verjährt ist, selbige auch nicht angestellet werden könne. Diese Vorschrift ist daher auch jeder Richter zu befolgen schuldig, er würde das aber nicht thun, wenn er eine Klage, die schon verjähret ist, auf den Fall zulassen, und darnach erkennen wollte, wenn die Einrede der Verjährung derselben von dem Beklagten nicht entgegengesezt wäre, selbige aber doch aus den Acten erhellte.

S 4 §. 3.

f) Diese Frage bejahen *Mynsinger* cent. 3. obs. 28. *Zanger* de except. part. 3. cap. 26. n. 20. *Carpzov* part. 1. const. 25. def. 1. *Mevius* part. 7. dec. 182. *Wernher* Tom. 1. part. 1. obs. 294. et Tom. 3. part. 1. obs. 94. Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 73. S. 183. *J. H. Boehmer* de iudice procedente ex officio in causa civ. cap. 4. §. 12. Hingegen verneinen solche *Hommel* Rhaps. obs. 277. Dondorf Samml. auserl. jurist. Abhandl. Nr. 4.

g) *L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann.* — quæ ergo antea non motæ sunt actiones, 30 annorum iugi silentio, ex quo iure competere cœperant, vivendi ulterius non habeant facultatem. — Post hanc vero temporis definitionem, nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiam si se legis ignorantia excusare tentaverit. *Conf.* L. un. §. 1. C. de annal. except.

§. 3. Man wendet uns zwar ein, daß durch die Verjährung eine Klage nicht ipſo iure, ſondern ope exceptionis aufgehoben werde, h) und daß daher, wenn der Beklagte ſich jener Einrede nicht bediente, die Klage für erloſchen nicht geachtet werden könne.

Aber ohne uns auf die Frage einzulaſſen: ob eine Klage durch die Verjährung ipſo iure oder ope exceptionis aufgehoben werde? iſt es genug zur Widerlegung jenes Einwurfs zu bemerken, daß hier kein Unterſchied darunter ſey, ob eine Klage ipſo iure oder ope exceptionis aufgehoben werde, i) weil in beiden Fällen doch dem Kläger keine Klage mehr zuſteht.

§. 4. Wenn nun ferner ſonſt die Regel iſt: daß alle und jede Einreden von dem Beklagten entgegengeſezt werden müſſen, und der Richter ſolche nicht suppliren könne: ſo leidet dieſe Regel doch

h) *L. 11. C. de praeſcr. long. temp.* Super longi temporis præſcriptione, quæ ex decem vel viginti annis introducitur, perſpicuo iure ſancimus, ut ſive ex donatione, ſive ex alia lucrativa cauſa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuiſſe probetur, adiecto ſcilicet tempore etiam prioris poſſeſſoris: memorata longi temporis exceptio ſine dubio ei competat, nec occaſione lucrativæ cauſæ repellatur.

i) *L. 112. ff. de reg. iur.* Nihil intereſt, ipſo iure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.

doch alsdenn ihre Ausnahme, wenn dem Kläger überhaupt keine Klage mehr zusteht. Denn da keiner eine Klage anstellen kann, wozu er entweder überhaupt nicht, oder jezt nicht mehr berechtiget ist; so hat der Richter allerdings auch die Macht, einen solchen Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

§. 5. Aber wird dadurch dem Kläger nicht das Recht benommen, auf die Einrede der Verjährung zu antworten, und solche gehörig zu heben? Denn gesezt, die Verjährung wäre interrumpiret, und fände also nicht mehr Statt? — Allein dem Kläger kann es überhaupt nicht nachtheilig seyn, da er ja nicht schlechterdings mit seiner Klage abgewiesen wird, sondern nur auf den Fall, wenn er nicht zeigen kann, daß die Verjährung nicht Statt finde.

Zweyhundert neun und funfzigste Meditation.

Eine Schenkung kann aus keinen andern Ursachen, als die in der *L. fin. C. de revoc. donat.* enthalten sind, widerrufen werden.

§. 1.

In der *L. f. C. de. rev. don.* rechnet Justinian die Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker zu den Ursachen, weswegen eine sonst gültige Schenkung kann widerrufen werden. Er bestimmet aber auch dabey die verschiedenen Arten, durch welche sich der Beschenkte einer Undankbarkeit schuldig machen kann, und sezt davon folgende fünf Arten fest: als grobe Injurien; wenn der Beschenkte Hand an den Schenker legt: wenn er ihm großen Schaden an seinen Vermögen zufügt; wenn er ihm nach dem Leben gestanden; wenn er die der Schenkung beygefügte Bedingung nicht erfüllet hat.

§. 2. Sind aber dies die einzigen Ursachen, weswegen eine Schenkung wegen Undankbarkeit wieder aufgehoben werden kann? oder kann dieselbe nicht wegen andere, als den angeführten Ursachen, aufgehoben werden? Dies sind Fragen, worüber die Rechtsgelehrten nicht einer-

ley

ley Meinung sind; indem einige k) nur blos bey den von Justinian angeführten Ursachen stehen bleiben; andre l) aber noch andre Ursachen zulassen. Wir haben am andern Ort m) behauptet, daß Eltern ihre Kinder, aus keiner andern als in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. enthaltnen Ursachen enterben können, und wir glauben, daß wir auch in diesem Fall mit Grund behaupten können, daß eine Schenkung, aus keiner andern als in dem angeführten Gesetz enthaltnen Ursachen, wieder aufgehoben werden könne.

§. 3. Stellen wir uns die Absicht des Gesetzgebers bey jenem Gesetz überhaupt vor, so kann uns auch nicht unbekannt bleiben, daß selbige darin bestanden habe, gewisse Ursachen, weswegen eine an sich gültige Schenkung kann widerrufen werden, festzusetzen, und dadurch alle andre Ursachen auszuschliessen. — Wir schliessen dieses nicht blos aus den Worten des §. 2. *I. de donat.* wo Justinian sagt, daß wegen gewisser

k) *Carpzov* part. 2. conſt. 12. def. 31. *Stryk* U. M. Tit. de donat. §. 16. *Coccеii* J. C. eod. tit. qu. 10. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 24. et in conſ. et reſp. Tom. 2. reſp. 912. §. 13.

l) *Gomez* var. reſ. Tom. 2. cap. 4. n. 14. *Jul. Clarus* recept. ſent. §. donat. qu. 21. n. 2. *Menoch* de arb. iud. qu. lib. 2. cent. 2. obſ. 130. n. 2. *Schilter* ex. 39. §. 20. *Struv* ex. 40. §. 15. *Walch* contr. iur. civ. recent. Sect. 3. cap. 3. membr. 1. §. 13.

m) Med. 54.

wisser Ursachen eine Schenkung könne aufgehoben werden; sondern selbst aus der *L. f. C. de revoc. donat.* wo es heißt: *ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factus everti concedimus.* Hätte Justinian hier noch andre Ursachen zulassen wollen; wäre seine Absicht nicht gewesen allen Streitigkeiten dadurch vorzubeugen, daß er gewisse Ursachen zur Widerrufung einer Schenkung festsetzte, was hätte er denn nöthig gehabt, einige Ursachen anzugeben, und endlich noch hinzuzusetzen, daß nur blos diese Ursachen, eine Schenkung zu widerrufen, gegründet seyn sollten.

§. 4. Ueberhaupt aber muß es jedem bekannt seyn, daß der Rechtsgelehrsamkeit nichts nachtheiliger sey, nichts mehr eine grössere Ungewisheit in dieser Wissenschaft erzeuge, als wenn keine gewisse und bestimmte Grundsätze, wornach die vorfallenden Streitigkeiten entschieden werden müssen, da sind. Würde aber hier in diesem Fall nicht alles das erfolgen; würden nicht tausend Ursachen oft Anlaß geben, Streitigkeiten zu erregen, deren Ende eben so ungewis als deren Entscheidung seyn müste?

Schon aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, verdient unsre Meinung den Vorzug, und legen wir dies zum Grunde, bleiben wir blos bey den Worten der Gesetze: so werden uns alle Gründe der Gegner nicht irre machen können.

§. 5. Die Gegner glauben in verschiednen Gesetzen Beispiele anzutreffen, da die Widerrufung einer Schenkung auch aus solchen Ursachen, die nicht unter jenen in (§. 1.) angeführten begriffen sind, verstattet werde. — So beruft man sich auf die *L. 6. §. 1. ff. de agn. vel alend. lib.* die folgendes enthält: *cum probatum sit, contumeliis patronos a libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate, valetudine corporis laborantes relictos: primum eos in potestate patronorum redigi, et ministerium dominis praeteri cogi.*

§. 6. Dies Gesetz, wie jeder leicht einsieht, redet von einem Freigelaßnen, der seinen Patron, der in dürftigen Umständen sich befindet, den Lebensunterhalt versagt, nicht aber von dem Beschenkten. Der Schluß also, den man von jenem auf diesen machen will, stoßt gegen alle Regeln eines richtigen Schlusses an, da man bey ganz von einander verschiednen Sachen, nicht von der einen auf die andre schliessen kann.

Der Unterschied aber, der hier zwischen einem Freigelaßnen und Beschenkten sich befindet, ist offenbar. Ein Freigelaßner steht gegen seinen Patron in der grösten Verbindlichkeit, da er demselben die gröste Wohlthat, nämlich die erhaltne Freiheit, zu danken hat. Das alles aber fällt bey demjenigen, dem etwas geschenkt ist, weg. Mit Recht wollen also auch die Gesetze den Freigelaßnen weit stärker verbinden, seine

Treue

Treue und Dienste auf alle Art seinen Patron zu erkennen zu geben.

§. 7. Eben das läßt sich auch auf den Einwurf, den man aus der *L. 8. ff. de decur.* hernimmt, antworten. — Es redet dieses Gesetz, wie der Augenschein lehrt, von den Dekurionen, und verordnet: daß, wenn ein Dekurion unvermögend geworden, es erlaubt sey, ihm Unterhalt zu geben n). Ohne einmahl hier anzuführen, daß es in diesem Gesetz nicht als eine Nothwendigkeit angesehen werde, arme Dekurionen zu ernähren: so kann man doch nicht von jenem den Dekurionen gegebnen Privilegium, auf andre Personen schliessen, da es bekannt ist daß Privilegien, als Ausnahmen von den Gesetzen, nicht von einen Fall auf den andern ausgedehnt werden können o).

§. 8. So erweiset auch endlich das gegenseitige Argument, welches man aus der *L. 4. ff. de agn. vel alend. liber.* p) hernimmt, hier nichts. Denn es muß uns erst von der Gegenseite bewiesen werden, daß der Beschenkte schuldig sey, den Schenker, wenn er arm geworden ist,

n) Decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni permissum est.

o) §. 6. I. de iur. nat. gent. et civ. L. 16 ff. de legib. L. 141 ff. de reg. iur.

p) Necare videtur non tantum is, qui partum persocat, sed et is, qui abiecit, et qui alimenta denegat.

ist, zu ernähren. Aber wir wollen es zugeben, daß der, dem etwas geschenket ist, dazu könnte gezwungen werden; würde denn, falls er es dem ohnerachtet nicht thäte, die Schenkung können wiederrufen werden? Sind Kinder nicht auf gleiche Weise zur Ernährung ihrer armen Eltern verbunden? können aber Eltern ihre Kinder aus dem Grund enterben, wenn diese sich weigern, ihnen Unterhalt zu verschaffen? das wird wol keiner behaupten können. Müssen wir gleich zugeben, daß der Beschenkte seinen Pflichten zuwider handle, wenn er denjenigen, von dem er Wohlthaten genossen hat, in seiner Dürftigkeit verläßt: so können wir doch das nicht als eine in den Gesetzen gegründete Ursach, der wiederrufung einer Schenkung gelten lassen, da **Justinian** selbige dazu nicht gerechnet hat.

Zweyhundert und sechszigste Meditation.

Wenn der Testirer einem ein Vermächtnis hinterlassen hat, hernach aber einen andern, ein und eben dieselbe Sache, mit Beziehung auf das erste Vermächtnis vermachet; so ist das erste Vermächtnis dadurch aufgehoben.

§. 1.

In einem gewissen Testament hatte der Testirer sich folgender Klausel bedient: **meinen Garten, welchem ich dem Titius, vermacht habe, vermache ich dem Kajus.**

Kajus machte Anspruch auf den ganzen Garten, Titius hingegen behauptete, daß ihm durch obige Worte das Legat nicht völlig genommen sey, sondern daß vielmehr ihnen beiden der Garte zu gleichen Theilen vermacht worden, und daß sie hier als re coniuncti anzusehen wären.

§. 2. Bey dieser streitigen Frage geben wir billig derjenigen Meinung den Vorzug, nach welcher durch eine solche Klausel das erste Ver:

Vermächtnis völlig wieder aufgehoben wird q), da selbige die deutlichsten Gesetze unterstützen. Wir brauchen, ohne noch vieles davon zu sagen, nur jene Gesetze r) anzuführen, so werden von selbst alle gegenseitige Gründe zerfallen.

Die Worte dieser Gesetze sind so deutlich, und entscheiden den obigen Fall so genau, daß selbst die Gegner s) nichts dawider einwenden können. Nur glauben sie, ihre Meinung gleichfalls in den Gesetzen gegründet zu finden. Daher es hier nur darauf ankommen wird, ob die desfalls von ihnen angeführte Gesetze, unsrer Meinung wirklich entgegen sind.

§. 3.

q) *Fachineus* contr. iur. lib. 5. cap. 52. *Menoch* de præsunt. part. 2. lib. 4. praes. 173. n. 9. *Coccei* J. C. Tit. de adim. leg. qu. 6.

r) §. 1. *I. de ademt. leg.* Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: hominem Stichum quem Titio leguvi, Sejo do, lego, sive eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit, quo casu simul et Titio adimi videtur et Sejo dari.
L. 5. *ff. de adim. leg.* Sicut adimi legatum potest, ita quoque transferri, veluti hoc modo: quod Titio legavi, id Sejo do lego, quæ res in personam Titii tacitum ademtionem continet.

s) *Bartolus* ad leg. 89. ff. de leg. 3. *Mantica* de coniect. ult. volunt. lib. 12. Tit. 14.

§. 3 Es ist wahr, wir finden einige Gesetze, t) die dem ersten Anblick nach für gegenseitige Meinung zu entscheiden scheinen; allein unterwerfen wir sie nur einer kurzen Prüfung, so werden wir auch eben so leicht einsehen, daß die darin enthalten und entschiedne Fälle, von dem unsrigen sehr weit verschieden sind.

Um dies zu zeigen wollen wir jene Gesetze, so wie wir sie in der (Not. t) angeführt haben, hersetzen, und bey jedem unsre Beantwortung hinzufügen.

§. 4. Die Worte der *L. 33. ff. de leg. 1.* in so weit sie hierher gehören, sind diese: *si quidem evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta, ad secundum legatarium, testatorem convolasse: solum posteriorem ad legatum pervenire placet. Si autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes pervenire.*

In diesem Gesetz macht **Paulus** den Unterschied, ob die Ademtion eines Legats klar sey oder nicht, und nach diesem Unterschied entscheidet er diese Frage so, daß im ersten Fall dem Legatarius das Vermächtnis genommen, in dem andern aber sowol der erste als zweyte Legatarius das Legat zu gleichen Theilen erhalten sollen.

Wollte

t) L. 33 ff. de leg. 1. L. 7. ff. de adim. vel transf. leg. §. 8. I. de leg. L. 15. pr. ff. de hered. inst.

Wollte man von diesem Gesetz hier Anwendung machen, so muß man erst zeigen, daß in der oben angeführten Klausel eine Dunkelheit stecke. Diese zu finden würde um so schwerer halten, da in den für unsre Meinung angeführten Gesetzen, jener Fall deutlich entschieden ist. In der That redet also dieses Gesetz mehr für als wider unsre Meinung.

§. 5. Eben so wenig enthält die *L. 7. ff. de adim. vel transf. leg.* etwas für die gegenseitige Meinung, es heißt darin: *quod si alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est, non plane recessum esse videtur a primo: sed ita demum, si conditio sequentis extiterit. Ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit, dicendum erit a primo ademtum legatum.* Wer sieht aber nicht, daß hier von dem Fall die Rede sey, da einem ein Legat ohne Bedingung, dem andern aber eben die Sache unter einer gewissen Bedingung vermacht sey. In unserm Fall aber, ist beiden eben dieselbe Sache ohne alle Bedingung auf gleiche Art vermacht, und dadurch folglich dem ersten genommen.

§. 6. Das Argument, welches man aus dem §. 8. *l. de leg.* hernimmt, kann uns auch nicht treffen. Sehen wir den Inhalt jenes §. an, so finden wir bald, daß darin von dem Anwachsungs-Recht geredet wird, und die verschiednen Arten desselben in demselben vorgetragen werden. Ein Anwachsungs-Recht können

nen wir aber bey unserm Fall nicht annehmen, da es ein ganz verschiedner Ausdruck ist, wenn der Testirer sagt: dem Titius vermache ich meinen Garten, dem Kajus vermache ich eben den Garten, und: meinem Garten, welchen ich dem Titius vermacht habe, vermache ich dem Kajus. Im ersten Fall würden freilich beide Legatarien als re coniuncti anzusehen seyn, nicht aber in dem zweyten, da hier klar ist, daß die Absicht des Testirers gewesen sey, dem ersten das Legat zu nehmen, und dem andern zu hinterlassen.

§. 7. Eben das läßt sich auch auf die *L.* 15. *pr. ff. de hered. inst.* antworten, worin es heißt: *ex qua parte secum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto.* Denn diese Worte gehen hier nur auf die Bestimmung des Erbtheils, nämlich, daß Sempronius eben so viel als Kajus haben solle. In unserm Fall aber betreffen die Worte das Legat selbst.

So wenig wird also durch diese Gesetze die gegenseitige Meinung unterstützt, da wir im Gegentheil klare Gesetze für uns haben. Nach diesem wurde also dem Titius das Legat völlig ab, und dem Kajus zuerkannt.

Zweyhundert ein und sechszigste Meditation.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe, als er demselben schuldig war, vermacht hat, so glaubt man nicht, daß er dieses in der Absicht gethan habe, um mit dem Vermächtnis die Schuld zu tilgen, ohne dabey auf den Unterschied zu sehen, ob es ein *debitum voluntarium* oder *necessarium* sey.

§. 1.

Ehe wir zur Untersuchung dieser streitigen Rechtsfrage selbst gehen, halten wir es für nöthig den Begrif eines debiti voluntarii und necessarii vorauszusetzen.

Ein *debitum voluntarium* ist diejenige Schuld, die aus einem Kontract herrühret; ein *debitum necessarium* aber was jemand einem andern nach den Gesetzen zu geben schuldig ist, z. B. der Brautschatz.

§. 2. Wir haben behauptet, daß in dem Fall, wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe, als er ihm schuldig

 ist,

ist, vermacht habe, keinesweges durch das Vermächtnis die Schuld getilget werde. Wir haben ferner hinzugesezt, daß eben dieses sowol bey einem debito voluntario als necessario statt finde, und verwerfen daher den von vielen Rechtsgelehrten u) bey dieser Frage unter einem debito voluntario und necessario gemachten Unterschied, nach welchem sie bey ersterm die Kompensation verwerfen, bey leztern aber zulassen wollen.

§. 3. Weswegen wir aber mit vielen andern Rechtsgelehrten v) dieser Meinung nicht beytreten können, werden wir durch folgendes zeigen.

Der Begrif, den man mit einem Vermächtnis verbindet, lehrt, daß die Absicht des Testirers diese gewesen sey, dem Legatarius, ohne dazu eine Verbindlichkeit zu haben, von dem Seinigen etwas zu hinterlassen, und gleichsam zu

u) *Menoch* de præs. lib. 4. pr. 109. *Mantica* de coniect. ult. vel lib. 10. tit. 2. *Carpzov* part. 3. const. 13. def. 29. n. 5. *Berlich* part. 3. concl. 27. n. 29. et in decis. part. 2. dec. 223. *Brunnemann* ad L. 22 ff. solut. matr. *Berger* Oecon. iur. lib. 2. tit. 4. th. 25. not. 4. et th. 44. not. 3. *Leyser* spec. 393. n. 3. 4.

v) *Fachineus* contr. iur. lib. 5. cap. 33. *Schilter* ex. 39. §. 17 seq. *Struv* ex. 35. §. 12. *Stryk* U. M. Tit. de leg. §. 34. et in caut. test. cap. 20. §. 19. *Boehmer* intr. in ius dig. Tit. de liber. legat. §. 7. *Krause* de legato in debitum haud compensando.

zu schenken. In dieser Absicht nennen die Gesetze w) ein Vermächtnis, eine Schenkung. — Ohne gegen diesen Begrif eines Vermächtnisses anzustossen, läßt sich die gegenseitige Meinung nicht mit demselben reimen. Denn lassen wir bey einem debito necessario alsdenn die Kompensation zu, wenn der Testirer der Person, welcher es solches schuldig war, eine eben so große Summe vermacht hat; wer wird denn wol behaupten können, daß der Testirer dem Vermächtnisnehmer dadurch einen Vortheil zugewandt habe.

§. 4. Was aber bey allem diesen das mehrste ist: so ist jener Unterschied auf keine Weise in den Gesetzen gegründet, ja denselben, — wie wir unten sehen werden, — völlig zuwider. Nur hievon einen ähnlichen, durch die Gesetze entschiednen Fall anzuführen: so verlieret der Gläubiger, dem die Sache, worauf er ein Pfandrecht hatte, vermacht ist, seine Forderung nicht, sondern er kann ohnbeschadet seines Vermächtnisses solche von den Erben einfordern. x) Hievon können wir schon analogisch auf unsern Fall schliessen.

§. 5. Um hier noch mehr zu zeigen, wie wenig der gemachte Unterschied den Gesetzen angemessen sey, wollen wir nur ein Gesetz anführen,

w) §. 1. I. de leg. L. 116. ff. de leg. 1.
x) L. 85. ff. de leg. 2.

ren, welches jenem gemachten Unterschied völlig entgegen ist. — Die Gegner rechnen die Verbindlichkeit des Vaters seine Tochter auszustatten, unter diejenigen Verbindlichkeiten, wozu er den Gesetzen nach verbunden ist. Sie müssen uns also auch zugeben, daß falls der Vater seiner Tochter ein Vermächtnis hinterläßt, dadurch ihr Brautschatz absorbiret werde. Allein die Gesetze wollen gerade das Gegentheil, indem sie verordnen, daß die Tochter nicht nur den Brautschatz, sondern auch das Legat fordern könne. y)

§. 6. Dies Gesetz redet gar zu deutlich, und ist der gegenseitigen Meinung so sehr entgegen, daß alle die Erklärungen, wodurch man gegenseits dies Gesetz zu entkräften gesucht hat, gewiß unbedeutend sind. — Denn was will man dadurch beweisen, wenn man vorgiebt; daß jenes Gesetz von einer enterbten Tochter, und von der Einwerfung der Güter rede; bleibt nicht immer ein und eben dieselbe Entscheidung da, und ist es nicht genug für uns, daß in diesem Gesetz ausdrücklich gesagt wird, daß die Tochter sowol ihren Brautschatz als das Vermächtnis fordern könne. Auf mehrers kömmt es hier nicht an, und das ist hinlänglich genug, um den gemachten Unterschied zu verwerfen.

§. 7.

y) *L. 4. ff. de dot. coll.* Si pater pro filia dotem promiserit; deinde ex heredatæ vel etiam emancipatæ et præteritae legatum dederit, habebit filia etiam dotem præcipuam et legatum.

§. 7. Doch damit man von der Wahrheit unsrer Behauptung desto mehr überzeugt werde, wollen wir hier die Gesetze, worin die Gegner ihre Meinung zu finden glauben, untersuchen, und hauptsächlich darauf achten, ob daraus Gründe für die gegenseitige Meinung hergenommen werden können.

Der Hauptgrund der gegenseitigen Meinung liegt in der *L. 22. §. 3. ff. solut. matr.* z) Der Fall den dieses Gesetz enthält ist folgender: der Vater hatte nach getrennter Ehe in Abwesenheit seiner Tochter, gegen ihren Mann auf die Wiedererstattung des Brautschatzes geklagt, dieser Brautschatz war ihm auch von seinem Schwiegersohn wieder herausgegeben, von seiner Seite aber der Schwiegersohn nicht sicher gestellet, daß die Tochter solches genehmigen würde. Es entstand daher die Frage: ob der Mann nicht ferner von seiner Frau auf die Wiedererstattung des Brautschatzes könne belangt werden? Diese Frage verneinet **Ulpian**, und spricht in beiden Fällen, es mag nun entweder die Tochter ihres Vaters Er-

z) Si pater, filia absente, de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisdatio, filiæ denegari debet actio, sive patri heres extiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum datis satis esset, et ita Julianus pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem, quod a patre datur, lucroque eius cedit, si tantum ab ea consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit.

be seyn oder nicht, die Klage um den Brautschatz zu fordern ab, jedoch mit der Einschränkung, wenn ihr im letztern Fall so viel als ihr Brautschatz betragen hat, statt des Brautschatzes vermacht worden.

§. 8. Verstehen wir dieses Gesetz so, so sehen wir, daß es unsrer Meinung nicht nur nicht entgegen stehe, sondern vielmehr dieselbe erweise. — Vielleicht mögte aber vielen diese Erklärung gezwungen, und den Worten des Gesetzes zuwider vorkommen; da das Gesetz generell zu reden, und in allen Fällen die Kompensation, wenn nämlich der Vater seiner Tochter was vermacht, diese aber den Brautschatz noch zu fordern hat, zuzulassen scheinet. —

Allein daß wir jenes Gesetz nothwendig von dem Fall verstehen müssen, wenn der Vater seiner Tochter ein Vermächtnis statt des Brautschatzes hinterläßt, können wir aus einem andern Gesetz schliessen, worin ein gleicher Fall enthalten ist. So wird nämlich in der *L.* 34. §. 5. *ff. de leg.* 2. gesagt: *qui invita filia, de dote egerit, decessit, eadem illa ex heredata, filio herede instituto, et ab eo fideicommissum filiae dotis nomine reliquit: quaero quantum a fratre mulier consequi debeat etc.* Hier redet **Modestia** deutlich von dem Fall, wenn der Tochter statt des Brautschatzes was vermacht worden, und entscheidet selbigen so: daß das Vermächtnis mit dem Brautschatz kompensiret werden müsse.

§. 9.

§. 9. Und eben so wenig steht uns auch die *auth. praeterea C. unde vir et uxor* a) entgegen. Es wird zwar in dieser Autheutica verordnet, daß dem hinterbliebnen armen Ehegatten das Legat, welches ihm von dem verstorbnen Eehegatten hinterlassen, an den ihm in den Gesetzen ausgesezten Erbtheil angerechnet werden sollte; allein davon können wir keinen Schluß auf gegenwärtigen Fall machen, weil in dieser Authentica ein besonders Recht enthalten ist. — Es ist bekannt, daß nach dem bürgerlichen Recht eine Erbfolge unter Ehegatten nicht anders statt fand, als wenn so wenig Agnaten als Kognaten da waren. Von dieser Regel macht jene Authentica in dem Fall eine Ausnahme, wenn der verstorbne Ehegatte reich, der hinterlaßne aber arm ist, da alsdann der arme Ehegatte einen bestimmten Theil aus der Erbschaft erhält.

Der Grund dieses Gesezes höret also auf, so bald der hinterbliebne Ehegatte aufhört arm zu seyn, und das geschiehet, wenn der reiche Ehe-

a) Praeterea si matrimonium sit absque dote, coniux autem praemoriens locuples sit: superstes vero laboret inopia, succedat una cum liberis communibus alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint vel pauciores. Quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen eiusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non ex tantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, et imputabitur legatum in talem portionem.

Ehegatte ihm was vermacht hat; er muß also auch das Vermächtnis in seinem Theil sich anrechnen lassen.

§. 10. Dies sind die Hauptgründe die man von der Gegenseite anzuführen pflegt. Wir hoffen selbige schon durch das, was wir gesagt haben, gehoben zu haben. Um aber auch das widersprechende der gegenseitigen Meinung zu zeigen, wollen wir noch etwas hinzusetzen. — Man rechnet die Constitution des Brautschazzes mit zum debito necessario, wer wird aber leugnen, daß dieser nicht eben so gut ein debitum voluntarium werden könne, wenn er nämlich aus einem Vertrag herrühret. Was soll also für ein Grund da seyn, weswegen wir anders in ersten, und wieder anders in zweyten Fall sprechen sollen. Gewiß wir werden dazu keinen hinlänglichen Grund finden können, und alle Zweifel verlieren müssen, wenn wir nur das für unsre Meinung in der (Not. y.) angeführte Gesetz, dagegen die Gegner nichts sagen können, ansehen, und mit demselben die Schlußworte der *L. 1. §. 3. C. de rei ux. act.* verbinden: Sciendum itaque est, edictum Praetoris quod de alterutro b) introductum est, in ex stipulata actione cessare: ita

b) Nach dem Edikt de alterutro muste die Frau, wenn ihr von ihrem Mann etwas vermacht war, entweder das Vermächtnis oder ihren Brautschatz fordern, denn beides zusammen zu fordern, war nach jenem Edikt nicht erlaubt.

ita ut uxor et a marito relictu recipiat, et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum sit, testatorem qui hoc non addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

Zweyhundert zwey und sechszigste Meditation.

Ein Legatarius kann auch Zeuge in einem Kodicill seyn.

§. 1.

Titius hatte in seinem hinterlassenen Kodicill dem Kajus 500 Rthlr. vermacht. Die Erben weigerten sich dieses Vermächtnis auszuzahlen, und zwar aus dem Grunde, weil das Kodicill von dem Kajus als Zeuge mit unterschrieben war, und kam es hier also auf die Frage an: ob Legatarien auch gültige Zeugen bey einem Kodicill seyn können?

§. 2. Daß Legatarien und Fideicommissarien in einem Testament gültige Zeugen sind, das ist durch die Gesetze c) ganz deutlich entschieden. Diese

c) §. 11. *I. de testam. ord.* Legatariis et fideicommissariis, quia non iuris successores sunt — testimoniam non denegamus.

Diese gesetzliche Verordnung läßt sich auch hier in diesem Fall ganz füglich anwenden, weil Legatarien, es mag ihnen nun das Vermächtnis im Testament oder Kodicill hinterlassen seyn, nie, wie das Gesetz sagt, iuris successores sind.

§. 3. Eben dies wird nun auch durch die *L. 22. C. de testam.* deutlich bestärkt, wo es so heißt: *dictantibus testamenta vel aliam quamlibet ultimam voluntatem legatum vel fideicommissum, vel quodcunque aliud, quolibet legitimo titulo testatorem posse relinquere minime dubitandum est. Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libita, quod voluerit testator, relinquere non prohibitur.* Wir wissen zwar wohl, daß man gemeiniglich dieses Gesetz nur von Testamenten erklärt, aber es ist kein Grund zu dieser Einschränkung vorhanden, vielmehr lehrt der Inhalt des Gesetzes, daß solches allerdings mit auf Kodicille gehe. Dies weiter zu zeigen, würde in der That unnütz seyn.

§. 4. Wenn nun also so viel gewiß ist, daß Legatarien als Kodicill-Zeugen durch die Gesetze nicht ausgeschlossen sind, so müssen wir dieselben als Zeugen gelten lassen, da die Gesetze d) keinen als Zeugen wollen ausgeschlossen wissen,

d) L. 1. §. 1. *ff. de testib.* Adhiberi quoque testes possunt et hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a testamonio dicendo excusantur.

wissen, den sie nicht selbst verworfen haben. Diesen Satz können wir hier um desto mehr annehmen, weil eines theils nichts ungereimtes darin lieget, anderntheils es auch der Natur der Sache nicht widerstreitet, wenn man Legatarien als Kodicill-Zeugen zuläßt.

§. 5. Der Grund, aus welchem die Erben ihre von vielen Rechtsgelehrten e) vertheidigte Meinung behaupteten, liegt in dem §. 10. *I. de testam ord.* f) worin gesagt wird, daß der Erbe in Testament nicht Zeuge seyn könne. Sie schlossen hieraus so: ist der eingesezte Erbe aus dem Grunde kein gültiger Testaments-Zeuge, weil zwischen ihm und dem Testirer alles vorgeht, so kann auch aus gleichem Grund der Legatarius kein Zeuge bey einem Kodicill seyn, da er hier in gleichem Verhältnis steht.

§. 6. Daß dieser Schluß in mehr als einem Betracht falsch sey, ist leicht zu beweisen. Einmal kann der Erbe um deswillen kein tüchtiger Testaments-Zeuge seyn, weil der Testirer und Erbe

e) *Mascard* de probat. vol. 1. concl. 308. n. 7. *Brunnemann* ad L. 20 ff. qui test. fac. poss. n. 9. *Stryk* U. M. Tit. de iur. codicil. §. 7. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 10. *Hommel* Rhaps. obs. 211.

f) Sed neque heres scriptus — testes adhiberi possunt, quia hoc totum negotiam, quod agitur, testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi.

Erbe für eine Person angesehen werden, welches man aber von Legatarien nicht sagen kann. Fürs zweyte geht zwischen dem Testirer und Legatarius im Kodicill nichts vor; denn da befiehlt der Testirer seinem Erben die Vermächtnisse auszuzahlen, daher er so wenig in Testament als Kodicill mit den Legatarien was zu thun hat. Fürs dritte succediret der Legatarius nicht wie der Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Testirers. Da nun zwischen Erben und Legatarien ein himmelweiter Unterschied ist, so kann man auch nicht von einem auf den andern schliessen.

§. 7. Aber sollen Legatarien nicht um deswegen verwerflicher Kodicill-Zeugen seyn, weil sie auf diese Art Zeugen in ihrer eignen Sache sind? Dieser Einwurf bedeutet hier nichts, da zu einem Kodicill nicht des Beweises, sondern der Solennität wegen fünf Zeugen zugezogen werden müssen, und würde allenfalls nur denn statt finden, wenn man die Legatarien als Zeugen darüber: ob ihnen würklich das Vermächtnis im Kodicill hinterlassen sey, gebrauchen wollte.

Es wurden daher die Erben mit Recht zur Auszahlung des Vermächtnisses schuldig erkannt. g)

Zwey-

g) *Carpzov* part. 2. dec. 252. *Coccejі* J. C. tit. de iur. codil. qu. 3. *Leyser* sp. 378. med. 1. 2. *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 4. th. 36. not. 8. Strube rechtl. Bedenk. Th. 3. Bed. 90. am Ende.

Zweyhundert drey und sechszigste Meditation.

Auch bey einem mündlichen Testament können Legatarien Zeugen seyn.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditation haben wir schon gesagt, daß Legatarien und Fideikommissarien gültige Testaments-Zeugen sind, ohne auf den Unterschied zu sehen, ob es ein schriftliches oder mündliches Testament ist. In Ansehung des letztern wollen verschiedne Rechtsgelehrte h) selbige nicht als gültige Zeugen gelten lassen. Sie glauben ihre Meinung dadurch beweisen zu können, wenn sie vorgeben, daß Legatarien bey einem mündlichen Testament, wo alles auf die Aussagen der Zeugen ankomme, um deswegen verwerfliche Zeugen wären, weil sie hier in ihrer eignen Sache ein Zeugnis ablegten.

§. 2.

h) *Faber* de errorib. pragm. dec. 66. n. 1. *Duarenus* ad tit. ff. qui test. fac. poss. *sub rub.* de test. in testam. idon. *vers.* quidam ex veteribus. *Richter* dec. 31. n. 21. *Struv* ex. 32. th. 13.

§. 2. Wenn es wahr wäre, daß es hier auf die Aussage des Legatarius ankäme, ob ihm nämlich ein Vermächtnis hinterlassen sey, wenn es wahr wäre, daß durch seine Aussagen das bewiesen werden solle; so würde freylich obiger Satz seine Richtigkeit haben. Allein, wenn es darauf nicht ankommt, wenn er blos als ein zur Solennität eines Testaments erforderlicher Zeuge anzusehen ist, so kann jener Satz hier gar keine Anwendung finden.

§. 3. Jener Einwurf ist also von gar keiner Erheblichkeit, und kommt es also nur darauf an, in wie weit die Gesetze, die Legatarien in einem solchen Testament als Zeugen zulassen. Diese machen gar keinen Unterschied zwischen einem mündlichen und schriftlichen Testament, sondern verordnen generell, daß Legatarien zu einem Testament als Zeugen können zugezogen werden. i)

§. 4. Der Grund warum Legatarien als Zeugen in Testament zu gelassen werden, ist der weil sie keine *iuris successores* sind. Dieser Grund passet sowol auf mündliche als schriftliche

i) §. 11. *I. de test. ord.* Legatariis autem et fideicommissariis quia non iuris successores sunt — testimonium non denegamus. *L. 20. pr. ff. qui test. fac. poss. L. 22. C. de testam.*

che Testamente, und können wir daher, ohne eine gesetzliche Verordnung keinen Unterschied zwischen beiden machen.

Nach diesem wurde daher ein mündliches Testament, das aus dem Grund weil ein Legatarius dabey als Zeuge zugezogen war, für gültig erkannt. k)

Zweyhundert vier und sechszigste Meditation.

Reisende sind bey ihren Testamenten eben sowol wie andre an die gesezlichen Feierlichkeiten gebunden.

§. 1.

Es ist darüber vielfältig unter den Rechtsgelehrten gestritten, wie viele Zeugen Reisende zu ihrem Testament zuziehen müssen. Einige halten zwey Zeugen für hinlänglich; andre er-

k) *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 6. n. 8. *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. qui test. fac. poss. *Schilter* ex 38. §. 40. *Wernher* part. 10. obs. 318. *Walch* cent. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 7.

fordern wenigstens fünfe; noch andre glauben, daß sie eben sowohl, wie ein jeder andrer, sieben Zeugen zuziehen müssen. Von diesen so verschiednen Meinungen halten wir die letztre den Gesetzen am angemessensten.

§. 2. Zu einem jeden Testament wird der Regel nach eine Anzahl von sieben Zeugen erfordert, so daß wenn nun einer fehlet, daß Testament nicht bestehen kann l). Zwar sind von dieser Regel verschiedne Testamente ausgenommen, aber nirgends finden wir eine Ausnahme in Absicht der Testamente der Reisenden. Haben also die Gesetze es nicht für gut gefunden, solche Personen von dieser Testaments-Feierlichkeit zu dispensiren, so steht uns solches auch nicht zu.

§. 3. Justinian hat aber auch selbst zu dem Ende die Kodicille eingeführet, damit Reisende, wenn sie etwa keine Testamente machen könnten, doch wenigstens Gelegenheit hätten, auf eine andre Art über ihr Vermögen Verfügungen zu machen m), dies würde völlig überflüßig und unnütz gewesen seyn, wenn Justinian Reisenden die Freiheit hätte geben wollen, vor

l) *L. 12. C. de testam.* Si unus de septem testibus defuerit — iure deficit testamentum.

m) *Pr. I. de codicil.* — quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter longas et magnas peregrinationes quæ apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non possit, tamen codicillos posset.

vor weniger als sieben Zeugen ein Testament zu machen, da doch auch zu einem Kodicill fünf Zeugen erfordet werden.

§. 4 Die Gesetze aber geben nie dem Testirer das Recht, vor weniger als sieben Zeugen ein Testament zu machen, wenn er so viele Zeugen nicht haben kann, n) und dies würde doch bey Reisenden der Fall seyn. Denn selbst den Landleuten ist die Anzahl der Zeugen bey einem Testament bis auf fünfe erlassen, dabey aber auch verordnet, daß wenn sie so viele nicht erhalten könnten, sie, vor weniger als fünf Zeugen ein Testament zu machen, nicht befugt seyn sollten. o)

Jener Grund, nämlich der Mangel der Zeugen, den man für die gegenseitige Meinung anführt, kann also keinen das Recht geben, weniger Zeugen zu seinem Testament zu zuziehen.

§. 5. Wir werden nicht nöthig haben, zur Unterstützung unsrer Meinung p) noch mehrere

n) L. 8. §. 2. ff. de iur. codic.

o) L. fin. C. de testam. — sin autem in illo loco, minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus, *minus autem nullo modo concedimus.*

p) *Ludwel* de ult. volunt. P. 2. Cap. 1. p. 312. *Harprecht* de testamento pagano in hostico condito §. 204. n. 3. *Coccenii* Conf. et Resp. Tom. 1. resp. 46. n. 8. seq. *Stryk* caut. test. cap. 14. *Walch* contr. iur. S. 2. Cap. 4. memb. 1. §. 6.

Gründe anzuführen, sondern es wird genug seyn, die Hauptgründe der gegenseitigen Meinung q) hier noch zu prüfen.

Den Hauptgrund nimt die Gegenseite von den Testamenten der Soldaten und Landleute her. Sie glauben, weil auch solche die keine Soldaten, aber doch in Krigesgefahren und an einem Orte wären, wo es feindlich hergehe, so wie Soldaten testiren könnten, r) und also das eigentlich der Soldaten zustehende Privilegium auch auf andre ausgedehnet sey; so könne man auch wohl Reisenden dieses Privilegium verstatten, da so wie jene wegen Kriegesgefahr, diese wegen Mangel der Zeugen, in einer gleichen Nothwendigkeit versezt würden.

§. 6. Diese gemachte Folge ist aber völlig unrichtig und wider die Gesetze. Das Privilegium, welches den Soldaten gegeben ist, haben die Gesetze selbst auf diejenigen ausgedehnt, welche zwar keine Soldaten sind, aber sich doch an einem Ort, wo es feindlich hergeht, befinden. Dem

q) *Menochius* Vol. 4. conf. 351. n. 33. *Lothmann* Vol. 3. resp. 13. n. 37. *Faber* ad Cod. lib. 6. Tit. 5. def. 2. n. 14. *Brunnemann* ad L. ult. C. de testam. n. 8. *Mevius* ad Jus Lubec. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 59.

r) L. ult. ff. de testam. mil. L. un. pr. ff. de bon. poss. ex testam. mil.

Dem Gesetzgeber stand es frey jenes Privilegium, so weit er wollte, zu extendiren, aber was einem Gesetzgeber erlaubt ist, ist nicht einem andern erlaubt, besonders da Privilegien nicht über den bestimmten Fall ausgedehnt werden dürfen, selbst alsdenn nicht, wenn auch ein gleicher Grund unter beiden eintritt.

§. 7. Eben dies können wir auch auf den Grund antworten, den man von den Testamenten der Landleute hernimt. Man glaubt, weil ein solches Privilegium den Landleuten gegeben sey, so könne man dieses auch füglich auf diejenigen anwenden, die auf dem Lande reiseten.

Allein wollten wir eine solche Ausdehnung gestatten, so würden wir gegen obige Regel, nach welcher keine Erstreckung der Privilegien statt findet, offenbar anstossen, zumal da man in den Gesetzen keine Spur findet, daß Reisende in diesem Stück einen Vorzug geniessen sollen.

§. 8. Wir können auch ferner eben so wenig das, als einen erheblichen Grund, für die gegenseitige Meinung ansehen, wenn man vorgiebt: daß Reisende oft blos aus Mangel an Zeugen gezwungen wären, weniger als sieben zu nehmen, daß daher auch solche Testamente, wenn es nur an dem gehörigen Beweis nicht fehle, immer bestehen müsten, besonders weil man in zweifelhaften Fällen, eher für die Gültigkeit

eines Testaments sprechen, und so viel möglich begünstigen müsse.

§. 9. Wenn wir aber dieses alles auch zugeben, so würde das doch kein hinlänglicher Grund seyn, Reisenden die Testamentsfeyerlichkeiten in diesem Stück zu erlassen. Denn so steht niemand in der Nothwendigkeit, ein Testament machen zu müssen, sondern dies hängt von jedes seinem Willen ab. Man kann hier also auch nicht sagen, daß hier die Noth so dringend sey, daß man sich an die Gesetze nicht so genau habe binden können, da, wenn einer ja über sein Vermögen Verfügungen machen will, solches auch durch Kodicille geschehen kann.

§. 10. Eben so unrecht ist es hier auch angebracht, wenn man sagt: man müsse in zweifelhaften Fällen immer eher für als wider die Testamente sprechen.

Soll dieser Grund eintreten, so müssen doch wenigstens die in den Gesetzen bestimmte Solennitäten, bey dem Testament beobachtet seyn. Sind diese auser Acht gelassen, so würde man offenbar wieder die Gesetze handeln, wenn man alsdenn zum Vortheil eines solchen ungültigen Testaments sprechen wollte. — Und warum sollte man dann auch blos die eingesetzten Erben begünstigen, verdienen dieses nicht immer eher

die

die Intestat-Erben? Diesen wird doch die ihnen sonst zustehende Erbschaft genommen, und leiden sie daher auch immer mehr als die Testaments-Erben.

§. 11. Was nun noch aus der Nov. 41. des Kaisers Leo zum Beweis der gegenseitigen Meinung angeführt wird, verdient um so weniger einer Beantwortung, je bekannter es ist, daß jene Novellen keine gesetzliche Kraft haben, weswegen denn auch diese streitige Frage nicht daraus entschieden werden kann.

Zweyhundert fünf und sechszigste Meditation.

Ein blinder Vater der unter seinen Kindern testiret, muß zu seinem Testament drey Zeugen zuziehen.

§. 1.

Es ist bekannt, daß sowohl nach den Verordnungen des römischen Rechts s), als nach den Reichsgesetzen t) zum Testament eines Blinden acht Zeugen müssen zugezogen werden. So generell nun gleich dieses befohlen wird, so glauben wir doch, daß jene Verordnung sich nicht auf das Testament eines Blinden unter seinen Kindern anwenden lasse. Wir hoffen dieses nicht besser beweisen zu können, als wenn wir hier die Gründe, welche die von unsrer Meinung abgehende Rechtsgelehrte u) für sich anführen, kürzlich widerlegen.

§. 2. Zum Beweis ihrer Behauptung, beziehen sie sich hauptsächlich auf die ganz allgemeine

s) L. 8. C. qui test. fac. poss.

t) Not. Ord. von 1512. Tit. 2. §. 9. S. Med. 5.

u) *Castrensis* lib. 2. cons. 362. *Alicatus* Tom. 3. resp. 32. n. 2. *Janson* ad L. 8. C. qui test. fac. poss. Connanus Cens. 113.

meine Verordnung der Gesetze, nach welcher zum Testament eines Blinden acht Zeugen erfordert werden.

Da nun diese Gesetze ohne Ausnahme reden, auch überdem weit jünger sind als die Gesetze, worin den Eltern, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind, so glauben sie, daß diese Gesetze durch jene in diesem Fall aufgehoben wären.

§. 3. Wenn nun aber gleich das Gesetz, nach welchem ein Blinder zu seinem Testament acht Zeugen nehmen muß, weit jünger ist, als das den Eltern ertheilte Privilegium; so folgt doch noch nicht, was man Gegenseits daraus herleiten will. Denn einestheils reden jene Gesetze nicht so allgemein, daß sie auch auf die Testamente der Eltern unter ihren Kindern gezogen werden könnten, da sowol die *L. 8. C. qui test. fac. poss.* als auch **die Notariats-Ordnung von 1512. Tit. 2. §. 9.** blos von solchen Testamenten reden, wozu sonst sieben Zeugen erfordert werden, wie aus den Anfangsworten: *præsentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est;* **und daß der Notarius und die sieben Zeugen dazu berufen:** — ersichtlich ist. Anderntheils haben diese Gesetze auch nicht die ältern, worin den Eltern, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind, aufgehoben, weil in jenen Gesetzen von den Testamenten der Eltern unter ihren

ren Kindern gar nicht geredet wird. Diese neuern Gesetze müssen daher nothwendig aus jenen ältern, die einen ganz speciellen Fall enthalten, erkläret werden, so daß man also nicht sagen kann, sie hatten diese aufgehoben.

§. 4. Es läßt sich ferner auch der Grund: daß nämlich zu dem Testament eines Blinden nur deswegen acht Zeugen zugezogen werden müsten, damit desto eher aller Betrug und Unterschleif vermieden werde: nicht auf ein Testament der Eltern unter ihren Kindern anwenden. Denn hier ist dies gar nicht zu befürchten, da Kinder auch ohne Testament erben würden. Unter Kindern und fremden Personen ist daher ein großer Unterschied.

§. 5. Endlich können auch die Gegner nicht in Abrede stellen, daß in unsern Gesetzen, den Eltern ohne Unterschied, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind. Hieraus folgt also schon von selbst, daß wir jene Gesetze, wo von den Testament eines Blinden geredet wird, gar nicht auf unsern Fall anwenden können, und zwar deswegen nicht, weil darin dieses besondern Falls gar nicht gedacht wird. v)

§. 6.

v) Unsrer Meinung sind *Menoch* de præsumt. lib. 4. præs. 6. *Richter* ad L. 8. C. qui test. fac. poss. *Brunnemann* ad eand. leg. *Carpzov* part. 3. const. 6. def. 5. n. 5 et 6. *Stryk* de iure sens. diss. 2. cap. 3. §. 38 seq. et in caut. test. cap. 4. §. 17. *Leyser* sp. 367. Med. 8.

§. 6. Wenn nun aber blinde Eltern zu ihrem Testament keine acht Zeugen bedürfen, wie viel müssen sie denn zuziehen? Einige von den angeführten Rechtsgelehrten nehmen hier zwey, andre drey Zeugen an. Die leztre Meinung ist nicht nur die sicherste sondern auch die gegründeste. Denn wie zu einem solennen Testament eines Blinden ein Zeuge über die gewöhnliche Anzahl der Zeugen erfordert wird, so wird auch zu einem nicht solennen Testament ein Zeuge mehr erfordert; sind also zu jenem Testament acht Zeugen nöthig, so werden auch zu diesem drey nöthig seyn. Nehmen wir dieses an, so steht uns auch jenes Gesetz, worin zu dem Testament eines Blinden 8 Zeugen erfordert werden, gar nicht in Wege. Denn so bald wir hier ein ähnliches Verhältnis unter einem solennen und nicht solennen Testament annehmen, so läßt sich jenes Gesetz mit unserm Satz ganz gut vereinigen. Blinde Eltern werden am sichersten gehen, zu ihrem Testament drey Zeugen zu nehmen, und sich dann solches nochmals vorlesen zu lassen, denn auch dies ist ein Haupterfordernis eines solchen Testaments. w)

---

w) *Huber* prælect. ad ff. tit. qui test. fac. poss. *J. H. Boehmer* de testam. non prælecto. §. 9. *Leyser* l. c.

Zweyhundert sechs und sechszigste Meditation.

Zu einem mündlichen Testament der Eltern unter ihren Kindern werden zwey Zeugen erfordert.

§. 1.

Wenn gleich fast durchgängig von allen Rechtsgelehrten angenommen wird, daß ein vor zwey Zeugen gemachtes mündliches Testament der Eltern unter ihren Kindern gültig sey, und den Rechten nach bestehe x); so hat es doch verschiedne gegeben, welche dieses haben bezweifeln wollen y).

§. 2. In den neuesten Gesetzen, worin von dem Testament der Eltern unter ihren Kindern

x) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 22. n. 10. *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 4. *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. de test. mil. §. 34. *Vinnius* select. iur. qu. lib. 2. cap. 18. *Struv* ex 32. §. 12. *Leyser* spec. 367. corl. 2. *Carrach* de dispos. parent. int. liber. nuncupat.

y) *Faber* de error. prag. dec. 35. error. 4. et dec. 36. err. 9. *Walch* contr. iur. Sect. 2. Cap. 4. membr. 3. §. 16 et 17. *Menken* de testam. parent. int. liber. privileg. iure civili sine scriptura invalido.

dern geredet wird, wird hauptsächlich des schriftlichen Testaments gedacht, und dies ist auch mit ein Grund, warum verschiedne Rechtsgelehrte geglaubt haben, **Justinian** habe nur blos den Eltern in dem Fall, wenn sie schriftlich unter ihren Kindern testirten, die vielen Solennitäten erlassen. Aber daß dieses falsch sey, werden wir bey Prüfung der gegenseitigen Gründe zeigen.

§. 3. Die Gegner sagen: Justinian hätte ausdrücklich verordnet, daß derjenige, der unter seinen Kindern auf eine nicht solenne Art testiren wolle, des Schreibens erfahren seyn müsse. Denn so würde ganz deutlich in der **Nov.** 107. **Kap.** 1. gesagt: daß der Vater mit eigner Hand ein solches Testament schreiben sollte, oder wenigstens unterschreiben müsse. Hieraus folgern sie, wenn also Eltern auf eine nicht solenne Art mündlich testiren wollten, so würden sie offenbar gegen jenes Gesetz anstossen, sie müsten daher auch eben so gut wie jeder andrer zu ihrem mündlichen Testament sieben Zeugen zuziehen.

§. 4. Dieser Einwurf ist aber von weniger Erheblichkeit, und würde nur alsdenn Statt finden, wenn in jener **Novelle** gesagt würde, daß Eltern nicht anders als schriftlich testiren sollten. **Justinian** aber hat den schriftlichen Aufsatz so wenig zu einem wesentlichen Stück eines solchen Testaments gemacht, als weniger es seine Absicht, dieses zu thun, gewesen seyn kann. Vielmehr der Inhalt der **Novelle** lehret, daß

solche

solche blos von einen schriftlichen Testament rede, darin Justinian noch einige Aenderungen und nähere Bestimmungen von der Errichtung der schriftlichen Testamente der Eltern gemacht hat. Von dem mündlichen Testament sagt er nichts, und in Absicht dieses hat er auch keine weitere Abänderung gemacht.

Diese Novelle kann daher nicht anders zum Beweis gebraucht werden, als wenn die Frage darüber ist: ob ein schriftliches Testament der Eltern unter ihren Kindern gehörig eingerichtet sey? keinesweges aber auf mündliche Testamente gezogen werden.

§. 5. Der zweyte gegenseitige Grund liegt in der *L. 21. §. 2. C. de testam.* worin es heißt: *per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non aliter valere sancimus, quam si septem testes, ut supra dictum, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis audierint.*

Da in diesem Gesetze nun die mündlichen Testamente der Eltern unter ihren Kindern von jener Vorschrift nicht ausgenommen sind, so glaubt man, daß solche an jenes Gesetz gebunden wären.

§. 6. Dieser Schluß ist eben so falsch wie der vorige. Das Gesetz redet, wie jeder sieht, blos

blos von solennen mündlichen Testamenten, und nicht von privilegirten. Es war daher auch nicht nöthig, die privilegirten Testamente um jener Vorschrift besonders auszunehmen, da man überhaupt von solennen Testamenten auf diese nicht schliessen kann. Sodenn wird in dem ersten §. jenes Gesetzes ausdrücklich gesagt: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur non volumus.* Ist also hier kein Unterschied zwischen einem schriftlichen und mündlichen Testament gemacht, sondern ganz generell verordnet, daß ein testamentum imperfectum parentum unter Kindern gültig seyn solle: so kann man auch aus dem §. 2. des Gesetzes von dem mündlichen Testament nicht das Gegentheil behaupten.

§. 7. Bey alle dem ist es auch gar nicht wahrscheinlich, daß **Justinian** blos allein bey schriftlichen Testamenten den Eltern so viele Solennitäten sollte erlassen haben. Wollte man gleich sagen, daß **Justinian** um so eher bey einem solchen schriftlichen Testament die Solennitäten erlassen können, da durch dasselbe die lezte Willens-Meinung besser als durch Zeugen erwiesen werden könne: so kann man auch eben so gut das Gegentheil behaupten. Denn so möglich es ist zwey Zeugen zu bestechen, so möglich ist es auch die Hand des Testirers nachzumachen, besonders wenn das Testament nur blos

unterschrieben ist. Und dann, warum sollte man eben hier so viel Mistrauen in das Zeugniß zweyer beeidigten Personen setzen? Giebt es nicht andre und oft wichtigere Fälle als dieser, wo man mit der Aussage zweyer Zeugen zufrieden seyn muß, und haben nicht unsre Gesetze den Aussagen zweyer glaubwürdiger Zeugen vollen Beweis zugeschrieben!

§. 8. Wir haben bisher diese Materie blos nach den Rechten betrachtet: Was den Gerichtsgebrauch anbetrift, so stimmen viele von der Gegenseite auch darin überein, daß dieser gegen sie sey, so wie auch die mehrsten Rechtsgelehrte unsrer Meinung zugethan sind; daher denn auch dieselbe in dieser Rücksicht vor der gegenseitigen viele Vorzüge hat.

Zwey=

Zweyhundert sieben und sechszigste Meditation.

Remuneratorische Schenkungen müssen, wenn sie über 500 Dukaten betragen, gerichtlich insinuiret werden.

§. 1.

Der Regel nach müssen alle Schenkungen unter den Lebendigen, wenn sie über 500 Dukaten sich belaufen, gerichtlich insinuiret werden, weil sie sonst bis auf diese Summe ungültig sind. Nur einige Schenkungen sind von jener Regel ausgenommen; als Schenkungen die von der regierenden Landesherrschaft oder Privatpersonen derselben gemacht werden z); Schenkungen der Officiren an die Soldaten a); was jemand zur Einlösung der Gefangnen hergiebt b); alle Schenkungen zur Aufbauung eines abge-

z) Nov. 52. cap. 2. L. 34. pr. et auth. *item* C. de donat.

a) L. 36. §. 1. C. de don.

b) L. 36. pr. C. de donat.

abgebrannten Hauses; c) endlich diejenigen die mit einem körperlichen Eide bestätiget sind d).

§. 2. Ob nun nicht remuneratorische Schenkungen von der gerichtlichen Insinuation frey sind, wenn sie über 500 Dukaten betragen? das ist eine Frage in deren Beantwortung die Rechtsgelehrten von einander abweichen. Aus mehr den einem Grund müssen wir denjenigen Rechtsgelehrten e) beypflichten, die jene Frage bejahen, und nachfolgende Gründe werden es auch zeigen, daß dies die richtigere Meinung sey.

§. 3. In der *L. 34. pr. C. de don.* wird ausdrücklich verordnet, daß alle Schenkungen, wenn

c) L. 36. §. 2. C. eod. tit.

d) *Gail* lib. 2. obs. 39. n. 12. *Stryk* caut. contr. Sect. 3. cap. 9. §. 3. *Cocceii* J. C. tit. de donat. qu. 3. Gegenseitiger Meinung ist *Carpzov* part. 2. const. 12. def. 14. Allein wenn dessen Meinung gleich den Grundsätzen des römischen Rechts gemäs ist: so ist sie doch den Grundsätzen des geistlichen Rechts und der Praxis zuwider.

e) *Fachinei* contr. iur. lib. 3. cap. 82. *Finkelthaus* obs. 103. n. 22. *Schilter* ex. 43. §. 12. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 18. et Tom. 2. obs. 5. §. 9. *Helfrich* de donat. remunerat. *Walch* intr. in contr. iur. civ. Sect. 3. cap. 3. membr. 1. §. 5.

wenn sie mehr als 300 Dukaten betragen, gerichtlich bestätiget werden sollen f). Wir müssen uns aber hiebey erinnern, daß nachher in der *L.* 36. §. 3. *C. de donat.* statt 300 Dukaten 500 festgesezt sind. Wenn nun nach der Verordnung jenes Gesetzes alle Schenkungen, die sich über die festgesezte Summe belaufen, gerichtlich sollen bestätiget werden, ja wenn selbst in diesem Gesetz, so wie auch in andern g), in einigen Fällen bestimmte Ausnahmen davon gemacht sind, so müssen wir auch, wenn wir die remuneratorischen Schenkungen unter jenen Ausnahmen nicht finden, nothwendig bey der festgesezten Regel stehen bleiben.

§. 4. Allein Justinian verbiethet noch in einer andern Stelle h) ganz ausdrücklich, daß

f) Sancimus omnem donationem, sive communem sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulatam non indigere monumentis sed communem formam habere. — Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est, tantummodo non valere.

g) Man sehe den §. 1. und die daselbst angeführte Gesetze.

h) *L.* 19. *in f. C. de sacr. sanct. eccl.* — Nulli danta licentia, quacunque alia causa, quasi pietatis iure subnixa, præter eas, quas specialiter expo-

keine andere Schenkungen über 500 Dukaten von der gerichtlichen Bestätigung frey seyn sollten, als die besonders davon ausgenommen sind. Aus was für Gründen will man also in Absicht dieser Schenkungen eine Ausnahme machen, würde man nicht grade gegen jene Gesetze anstoßen?

§. 5. Und so können wir auch den Grund, warum eigentlich zu einer Schenkung über 500 Dukaten, eine gerichtliche Bestätigung erfordert wird, immer so gut auf die remuneratorischen als auf jede andre Schenkung anwenden. Denn hier kann einer eben so leicht auf eine unbedachtsame Weise das Seinige verschwenden, und auch hinterlistig dazu verleitet werden, wie zu andern; es ist daher auch dem Zweck dieses Gesetzes angemessen, in Absicht der remuneratorischen Schenkungen bey der Regel stehen zu bleiben.

§. 6. Wenn nun aber gleich die disseitige Meinung den Gesetzen gemäs ist, so giebt es doch viele Rechtsgelehrte i) die hier andrer Meinung

exposuimus, introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.

i) *Mynsinger* lib. 4. obs. 75. *Gail* lib. 2. obs. 39. n. 34. *Voet* ad ff. Tit. de donat. §. 17. *Carpzov*

nung sind, und dieser ihrer Gründe wollen wir jetzt kennen lernen.

Jene Rechtsgelehrte glauben, weil die remuneratorischen Schenkungen im eigentlichen und strengern Verstande, keine Schenkungen wären, so wären sie auch nicht unter jenen Gesetzen begriffen.

§. 7. Dieser Einwurf setzt etwas als ausgemacht zum voraus, was erst erwiesen werden muß. Denn so muß erst bewiesen werden, daß in jenen Gesetzen von den Schenkungen in strengern Verstande die Rede sey. Dies wird aber um so weniger gezeigt werden können, da es klar ist, daß jede Schenkung, auch in den weitläuftigsten Verstande, dazu gehöre. Denn so heißt es in dem Gesetz: *omnem donationem sive communem sive ante nuptias* und ist also hier kein Unterschied unter Schenkungen in engern und weitläuftigern Verstand gemacht.

§. 8. Ferner bezieht man sich noch auf einige Gesetze, die aber im Grunde nichts von der gerichtlichen Bestätigung einer Schenkung enthalten. Dies wird daraus klar werden, wenn wir die Gesetze ansehen.

 In

zov part. 2. conſt. 12. def. 15. et part. 2. dec. 124. n. 4. *Leyſer* ſp. 435. med. 3. *Wernher* part. 3. obſ. 65.

In der *L. 27. ff. de donat.* heißt es: *dixi posse defendi, non meram donationem esse: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse.* — Ein jeder wird bald einsehen, daß dieses Gesetz nicht den geringsten Grund für die gegenseitige Meinung abgeben kann, und daher sind wir auch einer Erklärung dieses Gesetzes überhoben.

§. 9. Die *L. 34. §. 1. ff. de donat.* redet eben so wenig von diesem Fall, und sagt nur blos, daß eine remuneratorische Schenkung, die jemand einem andern deswegen gemacht hat, weil er ihn von den Feinden befreyet hat, nicht könne widerrufen werden. Es heißt in dem Gesetz: *si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo accipiat, haec donatio irrevocabilis est.* Hier ist nur blos von der Widerrufung einer Schenkung die Rede, und kann daher eben so wenig wie das vorhergehende Gesetz auf unsern Fall angewendet werden.

Zweyhundert acht und sechszigste Meditation.

Bey Gränz-Streitigkeiten kann nach geschehener Publikation der Zeugen-Aussagen, noch immer ein Riß zu den Acten gebracht werden.

§. 1.

In einer gewissen streitigen Gränz-Sache, da nämlich der Kläger sich von des Beklagten Weidegrund einen Theil aus dem Grunde anmaßen wollte, weil solcher seiner daselbst liegenden Fischerey zugelandet seyn sollte, wurde von beiden Seiten Zeugen in Vorschlag gebracht und abgehöret. Nach eröfneten Zeugen-Aussagen trug der Beklagte darauf an, daß ehe in der Sache gesprochen würde, durch einen beeidigten Feldmesser die ganze Gegend in einen Riß gebracht würde, weil er dadurch zeigen wollte, daß überhaupt keine Zulandung hier möglich sey.

§. 2. Diesem Antrag widersetzte sich der Beklagter und zwar deswegen, weil er-

erstens schon von Gerichtswegen eine Handzeichnung sowol von dem Weidegrund als Fischerey verfertiget, und den Acten beygelegt war, und zweytens weil nach eröfneten Zeugen-Aussagen, den klaren Verordnungen der Rechte k) gemäs, keine neue Beweismittel weiter zugelassen werden dürften.

§. 3. Aber, was den ersten Grund anbetrift, so konnte hier um so weniger darauf Rücksicht genommen werden, weil erstlich zu einem legalen Riß erfordert wird, daß solcher durch einen beeidigten Feldmesser aufgenommen werde, l) jene gerichtliche Handzeichnung war nicht nur nach den bloßen Ansehen ohne alle mathemathische Gründe gemacht, sondern war an sich selbst voller Fehler und Mängel. Fürs zweyte waren bey Anfertigung jener Handzeichnung beide Partheyen nicht vorgeladen, da doch bey der Aufnahme eines redlichen Risses beide Theile dazu verabladet werden müssen, m) wodurch also

k) Nov. 90. cap. 4. Cap. 46. X. de test.

l) *Leyser* spec. 114. med. 5.

m) L. 8. §. 1 ff. L. 3. C. Fin. regund. *Stryk* U. M. tit. fin. reg. §. 7. et de iure sens. diss. 1. c. 2. n. 10. *Brunnemann* de iur. limit. prov. cap. 11. §. 9. *Knichen* de iur. ter. cap. 3. n. 99. *Oettinger* de iur. limit. lib. 2. cap. 6. n. 11.

also eine offenbare Nullität entstand, n) weswegen denn eine solche Handzeichnung die Stelle eines Risses nicht vertreten konnte.

§. 4. Der zweyte ist eben so unerheblich. Freylich dürfen nach geführten Beweis und Gegenbeweis, keine neue Zeugen produciret werden, aber auch diese Regel findet hier keine Anwendung. Eine bekannte Sache ist es, daß bey Gränz-Streitigkeiten ein Riß zu den Acten gebracht werden müsse, wie solches in den Reichsgesetzen o) ausdrücklich gebothen wird. Diese Vorschrift ist allgemein, und redet ohne alle Einschränkung, sie bestimmet nicht ob vor oder nach geführten Beweis ein Riß beygebracht werden solle, daher denn auch solcher nicht an das fatale probationis gebunden seyn kann.

§. 5. So dann fällt auch der Grund, der bey neuer Production der Zeugen eintritt, hier völlig weg p). Hier ist kein metus subornationis zu besorgen, vielmehr wird durch

n) *Stryk* l. c. n. 11.

o) R. A. von 1654. §. 51.

p) *Stryk* l. c. n. 8.

durch ein Riß die Aussagen der Zeugen erläutert und deutlicher gemacht, weswegen denn auch einige Rechrsgelehrte selbst alsdenn noch, weun schon in der Sache zum Urthel beschlossen noch Risse zulassen. q) Aus diesen Gründen wurde daher auch dem Suchen des Beklagten gemäs erkannt.

q) *Lynk* de iur. fin. cap. 4. §. 9.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 4

Braunschweig [u.a.] 1792

J.rom.m. 385 m-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566990-8
VD18 80255574-001